Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit dem Erben eines Gesellschafters und dessen Rechtsstellung im Falle des § 139 HGB.

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Artur Nitzsche,

Redakteur in Oschatz i. Sa.

Oschatz.
Druck von Fedor Göthel.
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547026_0049

Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit dem Erben eines Gesellschafters und dessen Rechtsstellung im Falle des § 139 HGB.

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Artur Nitzsche,

Redakteur in Oschatz i. Sa.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Oschatz.

Druck von Fedor Göthel.

1914.

Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit dem Erben eines Gesellschafters und dessen Rechtsstellung im Falle des § 139 HGB.

Einleitung.

§ 1.

Nach der Vorschrift des § 131 Ziff. 4 des HGB. wird die offene Handelsgesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein anderes ergibt. Der Tod eines Gesellschafters bringt demnach zwar die Gesellschaft grundsätzlich zur Auflösung; aber diese Folge tritt nicht ein, sofern im Gesellschaftsvertrage die Fortdauer der Gesellschaft bestimmt ist. Diese anderweitige Bestimmung des Gesellschaftsvertrages kann einmal den Inhalt haben, daß die Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern fortbestehen soll (§ 138 HGB.). Der oder die Erben des verstorbenen Gesellschafters haben in diesem Falle das Recht, die Auseinandersetzung mit der fortbestehenden Gesellschaft nach Maßgabe der §§ 738 bis 740 HGB., die auch für die offene Handelsgesellschaft nach § 105 HGB. gelten,[1]) herbeizuführen.

Die anderweitige Bestimmung des Gesellschaftsvertrages kann aber auch, wie sich aus § 139 HGB. ergibt, den Inhalt haben, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll. Die Frage, wie sich die Rechts-Stellung des Erben im letzteren Falle gestaltet, wird im § 139 HGB. dahin beantwortet:

„Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll, so kann jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn entfallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird.

Nehmen die übrigen Gesellschafter einen dahingehenden Antrag des Erben nicht an, so ist dieser befugt, ohne Einhalten einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären.

---

1) Litthauer-Mosse S. 152 Note 1 zu § 738 BGB.

Die bezeichneten Rechte können von dem Erben nur innerhalb einer Frist von 3 Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, geltend gemacht werden. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 BGB. entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe von 3 Monaten das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist

Scheidet innerhalb der Frist des Abs. 3 der Erbe aus der Gesellschaft aus, oder wird innerhalb der Frist die Gesellschaft aufgelöst, oder dem Erben die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt, so haftet er für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Der Gesellschaftsvertrag kann die Anwendung der Vorschriften des Abs 1 bis 4 nicht ausschließen; es kann jedoch für den Fall, daß der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig macht, sein Gewinnanteil anders als der des Erblassers bestimmt werden."

Diese Bestimmung des § 139 enthält gegenüber dem Recht des alten HGB. eine Neuerung, die auch in den früheren Kodificationen kein Analogon findet. Ihre Bedeutung liegt darin, daß kraft der Vereinbarung, wonach die offene Handelsgesellschaft im Falle des Todes eines Gesellschafters mit dessen Erben fortgesetzt werden soll, zwar der Erbe Gesellschafter und mit ihm an Stelle des Erblassers die Gesellschaft fortgesetzt wird. Er wird aber nicht gezwungen, offener Gesellschafter zu bleiben. Allerdings hat er nicht das Recht, ohne weiteres sein Ausscheiden zu erklären, vielmehr ist ihm nur das Recht gegeben, sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig zu machen, daß ihm anstatt der bisher innegehabten Stellung die eines Kommanditisten eingeräumt wird. Erst wenn die übrigen Gesellschafter den dahingehenden Antrag des Erben nicht annehmen, ist der Erbe befugt, sein Ausscheiden aus der Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu erklären.

Das Verbleiben des Erben in der Gesellschaft, sei es als offener Handelsgesellschafter, sei es als Kommanditist, ebenso wie sein Ausscheiden ist insbesondere von Bedeutung für die Frage nach seiner Haftung für die zur Zeit des Erbfalles bestehenden und die in Zukunft

noch entstehenden Gesellschaftsschulden (§ 139 HGB. Abs. 4). Gerade mit Rücksicht auf die verschiedenartige Haftung haben die Vorschriften des § 139 HGB. eine erhebliche praktische Tragweite. Zu ihrer Erläuterung nach ihrem Inhalte, ihren Voraussetzungen und Wirkungen einen Beitrag zu liefern, soll Gegenstand der nachstehenden Erörterungen sein. Dabei erscheint, um den Willen des Gesetzgebers und damit den Sinn der Vorschriften des § 139 HGB. — insbesondere nach ihrer wirtschaftlichen Seite — zu erkennen, ein Rückblick auf die geschichtliche Entwickelung, die das Problem der Fortsetzung einer Handelsgesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters genommen hat, unerläßlich.

§ 2.

Nach römischem Rechte ist die societas eine Vereinigung mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinsamen, erlaubten Zweckes, sei es, daß dieser idealer Natur ist, sei es, daß er vermögensrechtlichen Charakter hat. Zur Erreichung dieses Zweckes verpflichten sich die sämtlichen Gesellschafter, Beiträge zu leisten; jeder Gesellschafter hat ferner Anteil am Gewinn und Verlust der Gesellschaft. Die societas entsteht durch formlosen Vertrag der Gesellschafter, der die obenbezeichneten wesentlichen Erfordernisse der societas angeben muß. Aber durch den Gesellschaftsvertrag werden nur rechtliche Beziehungen unter den Gesellschaftern selbst geschaffen. Hierin unterscheidet sich die societas von der corporatio, die ein selbständiges Rechtsgebilde mit eigener Rechtspersönlichkeit und selbständigem Vermögen ist und deren Bestand unabhängig von dem Ausscheiden oder dem Wechsel ihrer Mitglieder ist.

Da die societas nur persönliche, auf dem Vertrauen, das jeder Gesellschafter dem andern entgegenbringt, beruhende Beziehungen der Gesellschafter untereinander entstehen läßt, so wird das die Gesellschaft vereinigende Band zerrissen, sobald einer der Gesellschafter stirbt. Die Gesellschaft wird demnach grundsätzlich durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst.[1]) Nur ausnahmsweise tritt diese Folge des Todes eines der Gesellschafter nicht ein, nämlich wenn im Gesellschaftsvertrage etwas anderes vereinbart worden ist. Aber die Vereinbarung, daß die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters nicht

1) l. 5. I. 3. 25.
Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia, qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit.

aufgelöst werden solle, hat nur Wirkung für die übrigen Gesellschafter, nur unter diesen besteht die Gesellschaft fort. Der Erbe des verstorbenen Gesellschafters tritt nicht an dessen Stelle in die Gesellschaft ein.[1]) Selbst dann wird die Gesellschaft mit dem Erben des verstorbenen Gesellschafters nicht fortgesetzt, wenn dies ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag vereinbart sein sollte.[2])

Dies gilt ausnahmslos für die privaten Gesellschaften.[3]) Nur für die im öffentlichen Interesse gebildeten societates vectigalium publicorum, für die zu dem Zwecke gegründeten Gesellschaften, dem Staate den Anspruch auf Erhebung der öffentlichen Zölle und Abgaben abzupachten, gilt diese Ausnahme, daß die Gesellschaft nach dem Tode eines Gesellschafters mit dessen Erben vereinbarungsgemäß fortgesetzt werden kann, jedoch auch nur unter der Voraussetzung, daß der Anteil des Verstorbenen auf dessen Erben mit eingeschrieben war.[4])

Diese Grundsätze des römischen Rechts fanden mit der Reception auch in Deutschland Eingang. Sie gerieten aber hier, soweit es sich um Gesellschaften handelte, die zum Zwecke des Handelsbetriebes errichtet waren, mit der deutschrechtlichen Auffassung in Widerspruch, wonach die Handelsgesellschaft ursprünglich ein zu Handelszwecken zwischen Eltern und Kindern oder zwischen Geschwistern begründeter familienrechtlicher Verband war und das Handelsgeschäft als Familiengut betrachtet wurde, das der Familie dauernd zu erhalten war. Eine Folge dieser Auffassung war, daß nach dem Tode eines Mitgliedes der Handelsgesellschaft dessen Erbe an seine Stelle trat und mit den Erben die vorher bestehende Gesellschaft fortgesetzt wurde.[5])

Ob diese deutschrechtliche Auffassung von dem Wesen der Handelsgesellschaft im Gebiete des gemeinen Rechtes kraft Gewohnheitsrechtes die römischrechtliche Anschauung, soweit es sich um Handels-

1) l. 65. § 9. D. 17. 2.
Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit; nec heres succedit.
l. 63. § 8. l. 65. § 11. D. 17. 2.
l. 6. § 6. D. 3. 2.

2) l. 35. D. 17. 2.
Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit.
l. 52. § 9. D. 17. 2.
Idem (Papinianus) respondit, societatem non posse ultra mortem porrigi.
l. 59. pr. D. 17. 2.

3) l. 59. pr. D. 17. 2.

4) In societate vectigalium nihilominus manet societas et post mortem alicuius, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit. l. 59. pr. D. 17. 2.; l. 63. § 8. D. 17. 2.

5) Viezens in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 35. S. 111.

gesellschaften handelt, verdrängt hat, ist streitig.[1]) In den Kodificationen des code civil, des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches und des preußischen allgemeinen Landrechts aber hat der Grundsatz Aufnahme gefunden, daß eine Gesellschaft trotz des Todes eines Gesellschafters nicht aufgelöst zu werden braucht, vielmehr mit seinen Erben fortgesetzt werden kann. Der Art. 1868 code civil bestimmt, daß, wenn ausgemacht ist, daß im Falle des Todes eines der Gesellschafter die Gesellschaft mit seinen Erben fortbestehen soll, diese Abmachung zu befolgen sei. § 1207 des österr. BGB. stellt die Vermutung auf, daß bei Handelsleuten die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben der Gesellschafter gewollt sei; es bedarf hiernach nicht einer besonderen vertraglichen Vereinbarung. Die Vermutung greift nur dann nicht Platz, wenn aus dem Vertrage sich ergibt, daß die Fortsetzung mit dem Erben eines verstorbenen Gesellschafters nicht gewollt ist. Das allgemeine preußische Landrecht ließ in I. 17. § 278 bis 280 grundsätzlich die Erben eines verstorbenen Gesellschafters an dessen Stelle treten. Nur sobald ein Mitglied, das zu dem Betriebe des gemeinschaftlichen Gewerbes durch Handlungen mitzuwirken hatte, verstirbt, steht, wenn nicht im Vertrage ein anderes ausdrücklich bestimmt ist, sowohl den Erben des Verstorbenen als auch den übrigen Mitgliedern das Recht zum Rücktritt vom Vertrag offen. (§ 281.) Ist hingegen in dem Vertrage ausdrücklich festgesetzt, daß die Erben in der Gesellschaft bleiben sollen, so sind sie und die übrigen Mitglieder an die Abmachung gebunden (§ 282). Diese für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes gegebenen Vorschriften sind in § 614 II 8 auch auf die Handelsgesellschaften erstreckt. Das in §§ 661 bis 664 II 8 sowohl den Erben, wie auch den Mitgliedern der Gesellschaft zustehende Kündigungsrecht konnte durch ausdrückliche Bestimmung des Vertrags beseitigt werden.

Die angeführten Kodifikationen hatten hiernach die römischrechtliche Beschränkung der Gesellschaft auf die Vertragsschließenden selbst und den Ausschluß der Fortsetzung mit den Erben beseitigt. Dieser Grundsatz fand auch im alten HGB. Anerkennung. Art. 123 Nr. 2 lautet: „Die Gesellschaft wird aufgelöst durch den Tod eines der Gesellschafter, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll."

Es soll also regelmäßig der Tod eines der Gesellschafter die

1) E. R. G. Bd. 16. S. 46.

offene Handelsgesellschaft auflösen. Eine aus dem Inhalt des Vertrags widerlegbare Vermutung, daß die Fortsetzung mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters auch ohne besondere vertragliche Abrede gewollt sei, wie sie das österr. BGB. aufstellt, besteht nicht. Vielmehr besteht die Möglichkeit, daß die an sich eintretende Auflösung der Gesellschaft vermieden wird, nämlich wenn im Vertrage ausdrücklich bestimmt ist, daß die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden soll.

Darüber aber, ob die vertragliche Vereinbarung, daß die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt werden soll, den Erben bindet, ob die Gesellschaft kraft Gesetzes fortbesteht, oder ob die übrigen Gesellschafter nur von dem Erben den Beitritt zur Gesellschaft verlangen können, und der Erbe andererseits die Fortsetzung mit sich fordern kann, enthält das Gesetz keine Bestimmung. Ebenso fehlt es an einer Vorschrift darüber, wie sich die Haftung des Erben für die Gesellschaftsschulden insbesondere in dem Falle gestaltet, daß er für die Nachlaßschulden nur beschränkt haftet.

Zwar wenn der zum Erben des verstorbenen Gesellschafters Berufene die Erbschaft ausschlägt, ist die Fortsetzung der Gesellschaft mit ihm ausgeschlossen, weil er dann überhaupt nicht Erbe geworden ist. Er haftet dann auch nicht für die Gesellschaftsschulden. In dem angegebenen Fälle können demnach die bezeichneten Folgen nicht eintreten, wohl aber dann, wenn der zum Erben Berufene Erbe geworden ist.

In der über diese Frage entstandenen Literatur haben sich über die Auslegung 3 Meinungen gebildet.[1])

Nach der einen Ansicht begründet die Vereinbarung des Gesellschaftsvertrages, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die offene Handelsgesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortbestehen soll, nur die obligatorische Verpflichtung des Erben, in die Gesellschaft einzutreten und mit den überlebenden Gesellschaftern die Gesellschaft fortzusetzen; sie gibt ihm andererseits das obligatorische Recht, von den letzteren die Fortsetzung der Gesellschaft mit ihm zu verlangen. Erfüllen der Erbe oder die überlebenden Gesellschafter die ihnen obliegende Pflicht des Beitritts bezw. der Aufnahme des Erben in die Gesellschaft nicht, so bestimmen sich die Folgen dieser Nichterfüllung nach den Grundsätzen, die das betreffende

1) E. R. G. Bd. 16. S. 52. ff.

Landesrecht für den Fall der Nichterfüllung vertraglicher Verbindlichkeiten aufstellt. Der Erbe ist nicht ohne weiteres kraft der Vereinbarung Gesellschafter; er haftet also auch nicht ohne weiteres mit seinem Vermögen für die Gesellschaftsschulden. Vielmehr haftet er, solange er nicht tatsächlich in die Gesellschaft eingetreten ist und diese mit ihm fortgesetzt ist, den Gesellschaftsgläubigern nicht als Gesellschafter, sondern als Erbe des verstorbenen Gesellschafters, — der seinerseits gemäß Art. 112 mit seinem ganzen Vermögen haftete — nach den Normen des betreffenden Landeserbrechts. Er haftet also beschränkt, wenn das betreffende Landesrecht den Grundsatz der beschränkten Haftung aufstellt. Erst wenn der Erbe tatsächlich in die Gesellschaft eingetreten ist, wozu genügt, daß er mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen den Willen erklärt, daß die Gesellschaft mit ihm fortbestehen soll, wird die Wirkung dieser Erklärung auf den Zeitpunkt des Erbfalles zurückbezogen. Er haftet dann für die gesamten Gesellschaftsschulden solidarisch und mit seinem ganzen Vermögen in seiner Eigenschaft als Gesellschafter; und weil er als Gesellschafter haftet, so kann er sich den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nicht auf seine beschränkte Haftung als Erbe berufen, wenn ihm diese nicht nach Landesrecht zur Seite steht.

Aus dem Vordersatze, daß der Erbe nicht von gesetzeswegen die Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern fortsetzt, es vielmehr in seinem und der übrigen Gesellschafter Belieben steht, ob sie die durch die vertragliche Vereinbarung über die Fortsetzung der Gesellschaft begründete obligatorische Verpflichtung erfüllen wollen, wird gefolgert, daß der Erbe und die übrigen Gesellschafter von dem Zeitpunkte des Todes des Verstorbenen an die Gesellschaft so zu organisieren berechtigt sind, daß dem Erben die Rechtsstellung eines Kommanditisten oder eines stillen Gesellschafters eingeräumt wird. Der Erbe haftet in diesem Falle für die bisher entstandenen Gesellschaftsschulden nach erbrechtlichen Grundsätzen, also beschränkt, wenn dies das betreffende Landesrecht vorschreibt.

Die andere Meinung nimmt im Gegensatze zu der ersteren an, daß die vertragliche Vereinbarung, wonach die Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt werden soll, die Wirkung hat, daß mit dem Tode des Gesellschafters und sobald der zum Erben Berufene Erbe geworden ist, die Gesellschaft mit ihm

von gesetzeswegen fortgesetzt wird. Sie verneint also die bloß obligatorische Pflicht des Erben und der überlebenden Gesellschafter, die Gesellschaft fortzusetzen. Der Alleinerbe haftet für die Gesellschaftsschulden aber nur nach erbrechtlichen Grundsätzen, er haftet also für die Schulden nur beschränkt, wenn ihm nach Landesrecht die beschränkte Erbenhaftung zur Seite steht. Sind mehrere Erben des verstorbenen Gesellschafters vorhanden, so treten diese in ihrer Gesamtheit an die Stelle ihres Erblassers in die Gesellschaft ein. Sie haften in ihrer Gesamtheit — aber innerhalb dieser Gesamtheit jeder pro rata solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen für die Gesellschaftsschulden, sofern sie als Erben unbeschränkt haften. Haftet der eine von ihnen aus bestimmten Gründen nur beschränkt, so tritt auch bezüglich seiner Rate, für die er an sich den Gesellschaftsgläubigern verbunden ist, nur beschränkte Haftung ein.

Nach der dritten Meinung hat ebenso wie nach der vorbezeichneten, die vertragliche Vereinbarung, daß die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt werden soll, die Wirkung, daß mit dem Tode des Gesellschafters und, sobald der zum Erben Berufene Erbe geworden ist, die Gesellschaft mit diesen von gesetzeswegen fortgesetzt wird. Sie weicht aber insofern von jener Meinung ab, als der zum Erben Berufene, sobald er Erbe geworden und damit in die Stellung eines Gesellschafters eingetreten ist, für die gesamten Gesellschaftsschulden solidarisch mit seinem ganzen Vermögen haftet. Weil er Gesellschafter ist, kann er sich den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nicht auf die ihm etwa zustehende beschränkte Erbenhaftung berufen. Sind mehrere Erben vorhanden, so wird jeder von ihnen Gesellschafter und haftet als solcher solidarisch mit seinem ganzen Vermögen — unabhängig von einer ihm zustehenden beschränkten Erbenhaftung — für die gesamten Gesellschaftsschulden.

Das Reichsgericht hat diese dritte Auffassung als die richtige bezeichnet.[1]) Zur Widerlegung der ersteren Ansicht, wonach für den Erben und die übrigen Gesellschafter nur die obligatorische Verpflichtung besteht, in die Gesellschaft einzutreten, führt das Reichsgericht aus: Es handele sich nicht um Rechte Dritter, der Gläubiger, die aus einem Vertrage entstehen sollten, sondern es handle sich lediglich um die Rechte, die den Gesellschaftsgläubigern gegen jeden Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft zustünden. Die Rechtsstellung der-

1) Rg. 16. S. 56. ff.

jenigen Personen aber, die den verstorbenen Gesellschafter beerbt hätten, als Gesellschafter, sei von gesetzeswegen bestimmt und entstehe unter den vom Gesetze vorgeschriebenen Voraussetzungen von selbst, wie andererseits auch vom Gesetze das Fortbestehen der Gesellschaft bestimmt sei.

Zur Widerlegung der zweiten Ansicht, hinsichtlich der beschränkten Haftung des Erben, führt das Reichsgericht aus: Die Grundsätze des Erbrechts würden auf einen Fall angewandt, auf den sie nicht paßten; es handele sich weder um die Erfüllung einer Schuldverbindlichkeit des verstorbenen Gesellschafters durch den Erben als solchen, noch um die Erfüllung einer von dem Erblasser dem Erben auferlegten Verwendung seines Nachlasses, sondern um die gesetzliche Konsequenz der Rechtsstellung des Erben als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, die keineswegs auf erbrechtlicher Nachfolge beruhe, sondern auf Grund eines bestimmten im HGB. vorgesehenen Tatbestandes kraft dort gegebener gesetzlicher Vorschrift entstehe. Daraus folge, daß auch die Ansicht, bei einer Mehrheit von Erben träten diese nur in ihrer Gesamtheit an die Stelle des verstorbenen Gesellschafters, nicht richtig sei; auch insoweit seien mithin erbrechtliche Grundsätze auf einen Fall angewandt, auf den sie nicht paßten.

Nach m. E. ist der springende Punkt, auf den es ankommt, nämlich das Fortbestehen der Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters von Gesetzeswegen, vom Reichsgericht nicht nachgewiesen. Das, was in dieser Hinsicht vom Reichsgericht angeführt wird, gipfelt in der Annahme einer Legalobligation, indem der Gesellschaftsvertrag sowohl als auch der Vorgang, durch den der zum Erben Berufene Erbe wird, als tatsächliche Voraussetzungen für das Fortbestehen der Gesellschaft angesehen werden.[1]) Daß das Gesetz selbst nicht dieses Fortbestehen bestimmt, ist bereits oben erwähnt. Es wäre auffallend, wenn das Gesetz dieses Fortbestehen kraft Gesetzes in der in Art. 123 Nr. 2 gewählten Fassung eines bedingenden Nebensatzes ausgedrückt hätte.

Es kommt hinzu, daß es schwer einzusehen ist, warum das Gesetz eine solche Zwangsbestimmung über das Fortbestehen von gesetzeswegen hätte aufnehmen wollen, da doch gegenüber dem gemeinrechtlichen Verbot der Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben eines verstorbenen Gesellschafters und mit Rücksicht auf die oben er-

1) Biezenz in Z. f. H. R. Bd. 35 S. 121.

wähnten Kodificationen des code civil, des österr. BGB., sowie des allgemeinen preußischen Landrechts nur in Frage stand, ob nicht das Recht, die Gesellschaft fortzusetzen, gewährleistet werden müsse.[1]) Auch die Begründung des Art. 118 des Entwurfs enthält nichts davon, daß eine Zwangsbestimmung hätte gegeben werden sollen. Sie beschränkt sich vielmehr darauf, anzuführen, daß es einer besonderen Hervorhebung der Möglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft bedurft habe, weil nach gemeinem Rechte ein derartiges Abkommen unstatthaft sei.

Aber auch die Auffassung des Reichsgerichts, daß die Grundsätze des Erbrechts nicht auf den Fall der Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben paßten, erscheint als unzutreffend. Daß der Eintritt des Erben in die Gesellschaft hinsichtlich der Frage nach seiner Haftung für die Gesellschaftsschulden die erbrechtlichen Bestimmungen ausschließen soll, ist im Gesetz nirgendwo bestimmt und kann auch nicht aus dem Gesichtspunkte gefolgert werden, daß das HGB. als allgemeines Recht und späteres gemeines Reichsrecht die landesrechtlichen Vorschriften des Erbrechts verdrängt habe. Der Erbe, der die Gesellschaft fortsetzt, ist, wenn er auch Gesellschafter kraft seines Willens mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter geworden ist, doch immerhin Erbe; als Erbe muß er aber auch, wenn ihm das Landesrecht dies gestattet, das Recht haben, seine beschränkte Haftung jeder Nachlaßschuld, auch einer Gesellschaftsschuld gegenüber geltend zu machen. Welche Bedenken hiernach auch immer gegen die Auffassung des Reichsgerichts erhoben werden konnten, die Rechtsprechung hielt an dem ihr vom Reichsgericht gewiesenen Weg fest. Unter der Herrschaft des alten HGB. stand demnach dem Erben, dessen Erblasser in dem Gesellschaftsvertrage mit den übrigen Gesellschaftern vereinbart hatte, daß nach seinem Tode die offene Handelsgesellschaft mit seinem Erben fortgesetzt werden solle, nur der eine Weg offen, die ganze Erbschaft auszuschlagen, wenn er der unbeschränkten solidarischen Haftung für die Gesellschaftsschulden entgehen wollte. Nur in solchem Falle war seine Haftung für die Gesellschaftsschulden, weil er mangels seiner Erbenqualität nicht Gesellschafter werden konnte, ausgeschlossen. Nahm er die Erbschaft an, so wurde er damit zugleich Gesellschafter und haftete damit auch unbeschränkt und solidarisch für die Gesellschaftsschulden mit seinem ganzen Vermögen, auch wenn er anderen Nachlaßschulden gegenüber die be-

1) Biezenz in Z. f. H. R. Bd. 35. S. 121.

schränkte Erbenhaftung geltend zu machen berechtigt war. Daß diese Rechtslage für den Erben eine unbillige Härte enthielt, wurde nicht verkannt und deshalb bei der Neufassung des HGB. die Beseitigung dieser Härte durch die Aufnahme der Bestimmung des § 139 neben der des § 131 Nr. 4, die im wesentlichen mit der des Art. 123 Nr. 2 des alten HGB. übeinstimmt, herbeigeführt. Abgesehen davon, daß die Vorschrift des § 139 die Haftung des Erben anders als vordem gestaltet, liegt ihre Bedeutung darin, daß der Erbe nun nicht gezwungen werden kann, wider seinen Willen Vollkaufmann zu werden. Man denke an den Fall, daß er hoher Beamter oder Offizier ist. Die Rechtsstellung des Erben ist nunmehr dahin verbessert, daß ihm das Recht eingeräumt ist, sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig zu machen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird.

Die Denkschrift [1]) hebt hervor, daß die aus der bisherigen Rechtsprechung sich ergebende Schwierigkeit sich nicht in der Weise beseitigen lasse, daß der Erbe, selbst wenn er längere Zeit als offener Gesellschafter in der Gesellschaft verbleibe, immer nur mit der Erbschaft für die Gesellschaftsschulden zu haften brauche. Eine derartige Regelung würde die Rechtssicherheit gefährden und in Ansehung neu entstehender Verbindlichkeiten überhaupt nicht durchzuführen sein. Ebensowenig werde man dem Erben die Befugnis einräumen können, einerseits die Erbschaft zu behalten, andererseits aber die Fortsetzung der Gesellschaft unbedingt abzulehnen und demgemäß seinen Austritt zu erklären. Denn wenn in einem Gesellschaftsvertrage bestimmt sei, daß die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden solle, so sei hierbei in der Regel neben der Rücksicht auf das Interesse der Erben die Absicht maßgebend, daß das Gesellschaftskapital auch nach dem Tode eines der Gesellschafter dem gemeinsamen Unternehmen ungeschmälert erhalten bleiben solle. Eine solche Absicht sei an sich nicht zu beanstanden und halte sich namentlich innerhalb der Grenzen, die dem Verfügungsrechte des Erblassers hinsichtlich der Belastung des Erben gezogen seien; ihre Verwirklichung müsse deshalb auch möglich bleiben. Das aber wäre nicht der Fall, wenn dem Erben die Befugnis zustehen würde, nach seinem Belieben aus der Gesellschaft auszuscheiden und die Auszahlung des Kapitalanteils des Erblassers zu verlangen. Die bezeichneten Bedenken würden durch die in § 137 des Entwurfs — der

1) Denkschrift zum Entwurfe eines HGB. S. 99. Bei Hahn-Mugdan: Die gesamten Materialien zum HGB. S. 271.

mit § 139 des Gesetzes übereinstimmt — vorgesehene Regelung vermieden.

I. Die Voraussetzungen des Abs. 1 § 139 HGB.

1) Die Vereinbarung der Fortsetzung mit dem Erben.

§ 3.

Die oben angeführte Vorschrift des § 139 Abs. I HGB. beginnt mit den Worten: „Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß u. s. w.", während es in Art. 123 Nr. 2 heißt: „wenn nicht der trag bestimmt, daß die Gesellschaft mit dem Erben des Verstorbenen fortbestehen soll." Aus dem in § 139 gebrauchten Ausdrucke „Gesellschaftsvertrage" kann aber nicht gefolgert werden, daß die Abrede über die Fortsetzung der Gesellschaft nur in dem Gründungsvertrage getroffen werden könne. Wie es scheint, nimmt dies das Reichsgericht für das frühere Recht an.[1])

Diese Annahme erscheint nicht als zutreffend. Die Bestimmung des Art. 123 Nr. 2 entspricht wörtlich dem Artikel 118 des Entwurfs des HGB. für die preußischen Staaten, der seinerseits der Beratung des alten HGB. zu Grunde gelegt wurde. Der preußische Entwurf schließt sich an das ALR. und den code civil an[2]), beide Kodificationen aber dehnen die Möglichkeit, die Vereinbarung über die Fortsetzung der Gesellschaft zu treffen, auf die ganze Zeit des Bestehens der Gesellschaft aus[3]). Schon dieser Umstand steht der vom Reichsgerichte vertretenen Meinung entgegen. Aber auch abgesehen davon ist kein Grund vorhanden, der es rechtfertigen würde, die Wirkung der fraglichen Vereinbarung über die Fortsetzung der Gesellschaft von der Aufnahme in den Gründungsvertrag abhängig zu machen. Vielmehr kann die Abrede über die Fortsetzung der Gesellschaft auch Gegenstand einer späteren, nach dem Abschlusse des Gründungsvertrages getroffenen Vereinbarung sein. Denn der Gesellschaftsvertrag setzt sich, wie Viezenz zutreffend hervorhebt[4]), aus der Summe aller derjenigen, vielleicht zahlreichen und zeitlich auseinanderliegenden Einzelabreden zusammen, welche über die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und ihrer Witglieder nach innen und nach außen gültig getroffen werden. Diese Auffassung des „Vertrages" in Art. 123 Nr. 2

1) E. R. G. Bd. 16. S. 44 und 56.
2) E. R. G. Bd. 16. S. 51.
3) Viezens in Z. f. H. R. Bd. 35. S. 94. Pinkernelle S. 48.
4) Viezens in Z. f. H. R. Bd. 35. S. 96.

des alten HGB. gilt auch für den Begriff des „Gesellschaftsvertrages" in § 139 Ziff. 4 des neuen HGB. Hieran etwas zu ändern liegt umso weniger Anlaß vor, als durch die nach Abschluß des Gründungsvertrages getroffene Abrede über die Fortsetzung der Gesellschaft die Interessen dritter Personen, insbesondere der Gesellschaftsgläubiger nicht ungünstig beeinflußt werden können.[1])

Wenn aber die Abrede in dem Gesellschaftsvertrage in dem oben bezeichneten Sinne enthalten, also bei Lebzeiten aller Gesellschafter getroffen sein muß, so ergibt sich, daß der Anwendung des § 139 HGB. dann kein Raum gegeben sein kann, wenn erst nach dem Tode eines der Gesellschafter die übrigen Gesellschafter mit dem Erben des Verstorbenen vereinbaren, daß die Gesellschaft mit ihm fortgesetzt werden solle. Damit aber ist nicht gesagt, daß überhaupt nicht die übrigen Gesellschafter mit dem Erben die Fortsetzung vereinbaren könnten. Für die offene Handelsgesellschaft nach altem Handelsrecht nahm Biezens an[2]), daß eine Fortsetzung der Gesellschaft in diesem Falle begrifflich unzulässig sei, und daß nur auf dem Wege der Neubegründung die Gesellschaft fortbestehen könne.

Der gleichen Ansicht ist für das neue Handelsrecht Lehmann und Lehmann-Ring[3]). Nach m. E. trifft aber dies nur für den Fall zu, daß die Handelsgesellschaft nicht nur durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst worden ist, womit zunächst nur die Wirkung verbunden ist, daß sie in das Stadium der Liquidation tritt, sondern daß sie untergegangen ist, d. h, daß die Liquidation beendet ist. Wenn die Gesellschaftsschulden bezahlt worden sind und das Gesellschaftsvermögen verteilt worden ist, also überhaupt kein Substrat der Gesellschaft mehr vorhanden ist, wird man nicht mehr von einer Fortsetzung der Gesellschaft reden können. Kommen nunmehr nach der Auflösung der Gesellschaft infolge des Todes des Gesellschafters die übriggebliebenen Gesellschafter und der Erbe des Verstorbenen überein, daß die Gesellschaft fortbestehen soll, so kann nur die Begründung einer neuen Gesellschaft in Frage stehen. Sofern aber die Gesellschaft aufgelöst ist und sich im Stadium der Liquidation befindet, steht der Annahme, daß die übrigen Gesellschafter und der Erbe des Ver-

1) Goldmann II S. 65 Note 2 zu § 139.
Staub I S. 579 Note 1 zu § 139.
Brand S. 394 Note 2a zu § 139.
Lehmann-Ring S. 200 Note 1 zu § 139.
2) Biezens a. a. O. S. 100.
3) Lehmann, Lehrb. d. H. R. S. 323 § 61 Anm. 4.
Lehmann-Ring S. 300 Note 1 zu § 139.

storbenen die Gesellschaft fortsetzen, kein Bedenken entgegen.[1]) Nur können in solchem Falle die Vorschriften des § 139 HGB. keine Anwendung finden. Wenn also der Erbe im gedachten Falle die Gesellschaft fortsetzt, so ist es so anzusehen, wie wenn er ein beliebiger Dritter wäre; wie der Dritte, so haftet auch der Erbe in seiner Eigenschaft als Gesellschafter unbeschränkt und solidarisch für die gesamten Gesellschaftsschulden.

Die Anwendung des § 139 HGB. erfordert hiernach, daß die Abrede über die Fortsetzung der Gesellschaft zwischen den sämtlichen Gesellschaftern vor dem Tode eines derselben entweder im Gesellschaftsvertrage selbst oder in einer späteren, ebenfalls einen Teil des Gesellschaftsvertrages bildenden Vereinbarung getroffen worden ist. Eine Vereinbarung über die Fortsetzung der Gesellschaft zwischen dem Erblasser und dem Erben kann ebensowenig wie die bloß einseitige testamentarische Anordnung des Erblassers, die überhaupt keine bindende Kraft den übrigen Gesellschaftern gegenüber hat, zur Anwendung des § 139 des HGB. genügen.[2])

Zweifelhaft aber ist, ob § 139 HGB. auch in dem Falle unanwendbar ist, daß die Gesellschafter in einem Erbvertrage die Fortsetzung der Gesellschaft mit den künftigen Erben vereinbart haben und die Vereinbarung auch den überlebenden Gesellschafter bindet. Indessen ist nach dem Wortlaute des § 139 Abs. 1, der nur den Gesellschaftsvertrag und spätere zu diesem ergangene Abreden im Auge hat, die Anwendung des § 139 HGB. für den bezeichneten Fall als ausgeschlossen anzusehen. Der Inhalt der Vereinbarung muß, wie sich aus dem Wortlaute des Absatz 1 des § 139 HGB. ergibt, dahin gehen, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll. Jede Willensäußerung, die unzweideutig den Inhalt einer solchen Abrede erkennen läßt, ist als unter § 139 Abs. 1 HGB. fallend anzusehen. Der Gebrauch des Ausdrucks „Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben wird" aber nicht notwendig sein, sofern nur aus dem sonstigen Inhalte der Abrede erkennbar ist, daß nach dem Tode eines der Gesellschafter, dessen Erbe oder soweit mehrere Erben in Betracht kommen, diese an die

1) Makower S. 356 Note III B zu § 131.
K. G. J. 26. A. 222. Denkschr. S. 102.
2) Lehmann-Ring S. 300 Note 1 zu § 139.
Makower S. 369 Note 1 a zu § 139.
Staub S. 579 Note 1 zu § 139.
Goldmann II S. 616 Note 2 zu § 139.
Brand S. 394 Note 2 a zu § 139.

Stelle des Verstorbenen in die Gesellschaft eintreten sollen. Eine derartige unverkennbare Willensäußerung der Gesellschafter aber liegt nach m. E. nicht in dem Falle vor, daß die Gesellschafter eine bestimmte Zeit festgesetzt haben, die die Gesellschaft dauern soll, selbst wenn die festgesetzte Zeitdauer die vermutliche Lebenszeit eines Gesellschafters überschreitet.[1]) Allerdings erscheint die Ansicht, daß es in solchem Falle sich um eine auf unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft handele[2]) nicht als zutreffend, weil ja gerade eine bestimmte Zeitdauer für die Gesellschaft in Aussicht genommen ist. Aber neben einer solchen Zeitbestimmung muß, wenn sie als unter § 139 fallend angesehen werden soll, auch zum Ausdrucke gebracht sein, daß der Erbe oder die Erben an Stelle des verstorbenen Gesellschafters in die Gesellschaft eintreten sollen. Die entgegengesetzte Ansicht von Sames[3]), der die Festsetzung der bestimmten Dauer der Gesellschaft für die Anwendung des § 139 als genügend ansieht, erscheint deshalb nicht als zutreffend, weil es an jedem Anhalt fehlt, daß gerade der oder die Erben die Gesellschaft fortsetzen sollen.

Der Inhalt der Vereinbarung muß ferner die Person des Gesellschafters genau bezeichnen, mit dessen Erben die Fortsetzung der Gesellschaft vereinbart worden ist; daß auch für den Fall des Todes mehrerer oder sämtlicher Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben der verstorbenen Gesellschafter vereinbart werden kann, erscheint als selbstverständlich.[4]) Daraus folgt, daß auch die Abrede zur Anwendung des § 139 genügen muß, daß bei dem Tode eines der Gesellschafter die Fortsetzung mit dessen Erben stattfinden soll. Auch eine Abrede des Inhalts, daß von mehreren Erben nur einer die Gesellschaft fortsetzen soll, erscheint als genügend.[5])

Endlich kann auch die Abrede über die Fortsetzung der Gesellschaft an die Bedingung geknüpft sein, daß z. B. der Erbe volljährig ist, daß er männlich, ledig, kaufmännisch gebildet u. a. ist. Fehlt es an diesen vereinbarten Voraussetzungen, so gilt die Gesellschaft als

---

1) Biezens a. a. O. S. 106.

2) Lehmann-Ring S. 300 Note 1 zu 139.
Görner S. 10.

3) Sames S. 18.

4) Brand S. 394 Note 2b, α zu § 139.
Staub S. 579 Note 2 zu § 139.
Goldmann S. 616 Note 4 zu § 139.
Lehmann-Ring S. 300 Note 1 zu § 139.

5) Brand S. 394 Note 2b, α zu § 139.
Olg Colmar i. Z. f. H. R. 42 S. 529.

aufgelöst; die Vorschrift des § 139 kann dann keine Anwendung finden. [1])

Staub hält es für eine zulässige Bedingung, daß nach der Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern den überlebenden Gesellschaftern das Recht zustehen soll, sich zu erklären, ob sie mit dem Erben die Gesellschaft fortsetzen wollen. Staub will in diesem Falle, sofern die überlebenden Gesellschafter die Fortsetzung mit dem Erben verlangen, § 139 angewendet wissen. [2]) Diese Annahme erscheint jedoch nicht als zutreffend. Denn wenn die Bestimmung des Vertrages, daß dem überlebenden Gesellschafter das oben bezeichnete Recht zustehen soll, als zulässige, die Anwendung des § 139 nicht ausschließende Bedingung angesehen werden sollte, dann müßte auch die Abrede, daß dem Erben das gleiche Recht zustehen solle, als zulässig angesehen werden. Dann aber müßte der Erbe das Recht haben, die Fortsetzung abzulehnen, dabei aber seine Rechtsstellung als Erbe zu behaupten. Er müßte ferner, wenn er von dem Rechte, die Gesellschaft fortzusetzen, Gebrauch macht, auch das Recht haben, sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig zu machen, daß ihm nach Maßgabe des § 139 Abs. 1 HGB. die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Diese aus der Ansicht Staubs sich ergebenden Konsequenzen stehen mit dem Wortlaut und Sinn des § 139 Abs. 1 in Widerspruch. Die hier gegebenen Vorschriften können nur angewandt werden, wenn nach dem Willen der Gesellschafter, die die Vereinbarung über die Fortsetzung der Gesellschaft getroffen haben, der Erbe ipso jure an die Stelle des Erblassers in die Gesellschaft eintreten soll. Denn nur in letzterem Falle treten für ihn die oben in § 2 bezeichneten Härten ein, die zu beseitigen Zweck der Vorschriften des § 139 HGB. ist. Die Rechtslage, wonach der Erbe in dem Falle, daß er die Gesellschaft nicht fortsetzen will, nicht gezwungen ist, die Erbschaft auszuschlagen, und andererseits, wenn er Erbe sein und bleiben will, nicht verpflichtet ist, die Gesellschaft fortzusetzen, ist eine andere als die, von der § 139 als Voraussetzung ausgeht. Mangels des Erfordernisses des § 139 HGB., daß der Erbe zur Fortsetzung der Gesellschaft verpflichtet sein soll, ist der Anwendung des § 139 auf die Abrede, daß der Erbe berechtigt sein soll, die Ge-

1) Lehmann-Ring S. 300 Note 1 zu § 139.
Staub S. 579 Note 1 zu § 139.
Goldmann S. 616 Note 4 zu § 139.
Brand S. 394 Note 2b, α zu § 139.

2) Staub S. 579 Note 1 zu § 139.

sellschaft mit den überlebenden Gesellschaftern fortzusetzen, kein Raum gegeben. Damit ist nicht gesagt, daß diese letztere Vertragsbestimmung überhaupt unwirksam ist.

Es handelt sich in diesem Falle in Wirklichkeit um zwei Abreden. Zunächst um die Vereinbarung, daß im Falle des Todes des betreffenden Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. Ferner um die Vereinbarung, derzufolge die überlebenden Gesellschafter verpflichtet sein sollen, den Erben, falls dieser es verlangt, in die Gesellschaft aufzunehmen, also um eine Vereinbarung um Aufnahme des Erben in die Gesellschaft, die der letztere im Wege der Klage durchsetzen kann.[1]) Macht der Erbe von dem Rechte, seine Aufnahme in die Gesellschaft zu verlangen, keinen Gebrauch, so findet § 138 HGB. Anwendung. Wird er in die Gesellschaft aufgenommen, so hat er, da § 139 nicht angewendet werden kann, nicht das Recht, zu verlangen, Kommanditist zu sein — dieses Recht könnte nur kraft besonderer neuer Vereinbarung ihm von den überlebenden Gesellschaftern eingeräumt werden — vielmehr nimmt er die Stellung eines offenen Handelsgesellschafters ein, der nach § 128 und 130 HGB. für alle vor seinem Eintritt in die Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten derselben solidarisch haftet.

2) Die Beerbung des Gesellschafters, für dessen Tod die Fortsetzung vereinbart ist.

§ 4.

Nach dem Wortlaute des § 139 HGB. kann, wenn im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll, der Erbe die dort bezeichneten Rechte geltend machen.

Danach scheidet aus dem Anwendungsgebiet des § 139 HGB. zunächst der Fall von vornherein aus, daß im Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung der Gesellschaft nach dem Tode des einen oder des anderen Gesellschafters mit einer oder mit mehreren bestimmten Personen vereinbart ist, die überhaupt nicht Erben des verstorbenen Gesellschafters geworden sind.[2]) Diese Abrede ist zwar gültig, sie enthält ebenso wie in dem am Schlusse des vorigen § behandelten Falle

1) Makower S. 284 § 105 (Anm. I. 1.)
S. 369 § 139 (Anm. 1 b.)
2) Sames S. 26.

zunächst die Vereinbarung, daß die Gesellschaft durch den Tod des betreffenden Gesellschafters nicht aufgelöst werden, sondern fortbestehen soll. Sie enthält ferner eine Abrede, die auf Aufnahme jener bestimmten Personen in die Gesellschaft gerichtet ist und die jenen Personen das obligatorische Recht gibt, ihre Aufnahme in die Gesellschaft zu verlangen, sie aber nicht derart verpflichtet, daß auch die überlebenden Gesellschafter die Fortsetzung mit ihnen verlangen können.

Fraglich aber ist, ob auch auf den Fall die Vorschriften des § 139 HGB. nicht anzuwenden sind, daß im Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung der Gesellschaft nach dem Tode des einen oder des anderen Gesellschafters mit einer oder mehreren Personen vereinbart worden ist, die, wie sich nach dem Tode des betreffenden Gesellschafters herausstellt, dessen Erben sind. M. E. ist in diesem Falle die Anwendung des § 139 HGB. ausgeschlossen. Zwar hat der Erbe nach § 139 HGB. die dort bezeichneten Rechte, aber doch nur unter der Voraussetzung, daß im Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung mit dem Erben vereinbart ist. Wenn also § 139 angewendet werden soll, so muß die Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage dahin erfolgt sein, daß mit dem Erben die Gesellschaft fortgesetzt werden soll. Und hieran fehlt es, wenn vereinbart ist, daß mit einer bestimmten Person die Fortsetzung der Gesellschaft stattfinden soll, ohne daß zugleich darauf hingewiesen wird, daß sie Erbe des betreffenden Gesellschafters sein wird. Allerdings wird ein ausdrücklicher Hinweis nicht erforderlich sein, wenn nämlich aus der Vereinbarung ohne weiteres ersichtlich ist, daß die benannte Person Erbe ist, so z. B., wenn die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Sohne X. des Gesellschafters Y. vereinbart wird. Ebenso wie dann § 139 HGB. nicht angewendet werden kann, wenn die als Erbe bezeichnete Person, mit der nach dem Gesellschaftsvertrage die Gesellschaft fortgesetzt werden soll, nicht Erbe wird, kann auch in dem Falle die Anwendung des § 139 HGB. nicht Platz greifen, daß mit einer bestimmten Person, die nicht im Vertrage als Erbe bezeichnet ist, die Gesellschaft fortgesetzt werden soll, mag sich auch herausstellen, daß sie Erbe ist. Dieser Umstand allein kann mangels der obenbezeichneten Voraussetzung des Gesellschaftsvertrages nicht zur Anwendung des § 139 HGB. führen. Es handelt sich in dem gedachten Falle auch nur um eine insoweit gültige Vereinbarung, als die Gesellschaft fortbestehen soll und die bestimmte Person, mit der die Gesellschaft fortgesetzt werden soll, die Aufnahme in die Gesellschaft

verlangen kann. Die gegenteilige Annahme, die, wie es den Anschein hat, von Sames vertreten wird — Seite 26 — kann nach dem Vorstehenden nicht anerkannt werden.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß nach dem Tode eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben oder mit einer bestimmten als Erbe bezeichneten Person fortgesetzt werden soll, so muß, damit § 139 HGB. angewendet werden kann, der verstorbene Gesellschafter von einer oder mehreren Personen oder jener bestimmten als Erbe bezeichneten Person beerbt worden sein. Derjenige oder diejenigen, welche die Rechte aus § 139 HGB. für sich in Anspruch nehmen, müssen Erben des verstorbenen Gesellschafters geworden sein. Ob und wann dies zutrifft, richtet sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts; nach diesen kann der Erbe kraft Gesetzes oder Testamentes oder Erbvertrages zur Erbschaft berufen sein. Es macht deshalb für die Anwendung des § 139 HGB. keinen Unterschied, ob derjenige, der die Rechte geltend macht, gesetzlicher oder testamentarischer oder Vertrags-Erbe des Verstorbenen ist.[1]) Dagegen kann, wer Nachfolger in ein Lehen-, Familienfideikomiß oder ein bürgerliches Gut ist, nach dem BGB. nicht als Erbe angesehen werden. Für eine derartige Nachfolge ist in Art. 59. 64. Einf. Ges. z. BGB. bestimmt, daß die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben. Nach diesen aber ist ein Nachfolger der gedachten Art Nachfolger des Stifters oder ersten Inhabers, nicht aber des verstorbenen Inhabers.[2])

Die Erbschaft geht nach §§ 1922, 1942 BGB. mit dem Tode des Erblassers als Ganzes auf den berufenen Erben über, unbeschadet des Rechts, sie auszuschlagen. Hat der zur Erbschaft Berufene von dem Rechte der Ausschlagung Gebrauch gemacht, so kann er, weil der Anfall an ihn nach § 1953 Abs. 1 BGB. als nicht erfolgt gilt, und er somit nicht Erbe geworden ist, auch nicht die Rechte aus § 139 HGB. geltend machen. Die Erbschaft fällt im Falle der Ausschlagung des zunächst zur Erbschaft Berufenen nach § 1953 Abs. 2 BGB. demjenigen zu, der berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Dieser in zweiter Linie Berufene hat wieder das Ausschlagungsrecht, sodaß, falls auch er aus-

1) Lehmann-Ring S. 300 § 139 Anm. 1.
Biezens in Z. f. d. H. R. Bd. 35. S. 108.
Sames S. 27.

2) Biezens a. a. O.
v. Gerber, System des deutschen Privatrechts 13. Aufl. 1878 § 249 S. 684 und § 266 S. 730.

schlägt, und auch die weiter folgenden berufenen Verwandten und der Ehegatte des Verstorbenen ausschlagen, es schließlich möglich sein kann, daß der Fiskus nach §§ 1936, 1943 Abs. 2 BGB. Erbe wird und damit auch die Rechte des § 139 HGB. erlangt.[1])

Da der zur Erbschaft Berufene mit dem Erbfall kraft Gesetzes unmittelbar Erbe wird, im Falle der Ausschlagung aber der Anfall als an ihn nicht erfolgt gilt (§ 1953 Abs. 1 BGB.), so fragt es sich, ob der Berufene, solange er die Erbschaft noch nicht angenommen hat, oder die Ausschlagungsfrist (§ 1944 BGB.) noch nicht verstrichen ist, die Rechte aus § 139 HGB. geltend machen kann. Diese Frage wird von Brand, Staub und Lehmann-Ring verneint; sie stehen auf dem Standpunkte, daß unter Erbe im Sinne des § 139 HGB. nur derjenige zu verstehen ist, der die Erbschaft angenommen oder in der gesetzlichen Frist nicht ausgeschlagen hat.[2])

Es würde allerdings für die überlebenden Gesellschafter mit Unzuträglichkeiten verknüpft sein, wenn der Berufene während der Ausschlagungsfrist das Recht haben sollte, sein Verbleiben in der Gesellschaft von dem Verlangen, Kommanditist zu werden, abhängig zu machen und nach dem Einverständnis der Überlebenden mit diesem Verlangen hinterher noch das Recht haben sollte, die Erbschaft auszuschlagen. Die überlebenden Gesellschafter würden, wenn dies zulässig wäre, in die Lage kommen, auf das gedachte Verlangen nicht nur des zunächst Berufenen, sondern auch jedes später Berufenen, wenn der jeweils Vorausgehende die Erbschaft ausgeschlagen hat, eine Erklärung abgeben zu müssen, die im Falle der weiteren Ausschlagung unwirksam wäre. Aber es ist doch nicht zu übersehen, daß in der Geltendmachung der Rechte seitens des zunächst Berufenen eine Handlung zu erblicken ist, die als eine Erbschaftsannahme zu gelten hat.[3]) Ist aber der zur Erbschaft Berufene damit, daß er die Rechte aus § 139 HGB. geltend macht, Erbe geworden, so kann die Frage, ob ihm während der Ausschlagungsfrist die Rechte aus § 139 HGB. zustehen, überhaupt nicht entstehen.

Die Annahme der Erbschaft ist aber abgesehen von einer ausdrücklichen Erklärung des Erben und außer in der Geltendmachung der Rechte aus § 139 HGB. auch ferner darin zu erblicken, daß der

1) Sames S. 26.
2) Brand S. 395 § 139 Anm. 3b.
Staub S. 579 § 139 Abs. 4.
Lehmann-Ring S. 301 § 139 Anm. 3.
3) Staub S. 579 § 139 Anm. 4.
Sames S. 26.

Berufene die Geschäfte der Gesellschaft besorgt, sofern es sich nicht nur um solche Geschäfte handelt, hinsichtlich deren Gefahr im Verzuge besteht, für die also eine einstweilige Fürsorge notwendig wird, und deren Vornahme nicht als eine pro herede gestio gelten kann.[1])

Schwierigkeiten können in dem Falle entstehen, daß in dem Gesellschaftsvertrage die Bestimmung enthalten ist, die offene Handelsgesellschaft solle mit dem oder den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden, in dem Testamente des letzteren aber eine Nacherbschaft angeordnet ist. Nach § 2100 BGB. ist, solange der Fall der Nacherbschaft noch nicht eingetreten ist, der Vorerbe allein als Erbe anzusehen. Der eingesetzte Nacherbe erlangt die Stellung eines Erben erst, wenn der Fall der Nacherbschaft eintritt. Hat der Vorerbe die Erbschaft ausgeschlagen, so ist damit nach §§ 2102, 2096 BGB. der Nacherbe als Ersatzerbe in die Stelle des berufenen Erben gelangt. Ihm stehen, da er nicht Rechtsnachfolger des ausschlagenden Vorerben geworden ist, vielmehr sein Erbrecht unmittelbar von dem Erblasser herleitet, auch die Rechte aus § 139 HGB. und zwar primär zu.

Wenn dagegen der Vorerbe die Erbschaft angenommen hat, ist für die Frage, welche Wirkung die Ausübung oder Nichtausübung der Rechte aus § 139 HGB. die ihm als dem Erben zusteht, auf die Stellung des Nacherben der Gesellschaft gegenüber hat, wenn der Fall der Nacherbschaft eintritt, und der Nacherbe die Erbschaft annimmt, die Vorschrift des § 2112 BGB. maßgebend. Da hiernach der Vorerbe über die zur Erbschaft gehörenden Rechte mit der Wirkung verfügen kann, daß der Nacherbe sie gegen sich gelten zu lassen hat, so ist der Nacherbe an die Ausübung der Rechte aus § 139 HGB. durch den Vorerben gebunden — die Ausnahmen der §§ 2113 bis 2115 BGB. kommen hier nicht in Betracht — denn der letztere verfügt damit über den Anteil des Erblassers an der Gesellschaft, über dessen Vermögens- und Mitgliedsrechte. Hat danach der Vorerbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig gemacht, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird und sind die überlebenden Gesellschafter auf sein Verlangen eingegangen, so nimmt der Nacherbe auch im Falle des Eintritts der Nacherbschaft die Stellung

1) Lehmann-Ring S. 301 § 139 Anm. 3.
Makower S. 370 § 139 Anm. 2.
Sames S. 26.
Görner S. 16.
Boskowitz S. 66.

eines Kommanditisten ein. Der Vorerbe ist nun nicht mehr Erbe. Sein Kommanditanteil ist auf den Nacherben übergegangen. Dieser ist an seinerstatt Kommanditist geworden. Den Gläubigern der Gesellschaft haftet, da die Kommanditeinlage nach § 139 HGB. als gezahlt anzusehen ist, der Vorerbe nicht persönlich, er scheidet aus jeder Haftung, da die Kommanditeinlage auf den Nacherben übergegangen ist, aus. Der Nacherbe haftet, da der Kommanditanteil gezahlt ist, ebenfalls nicht persönlich, sondern nur mit der Einlage. Die Gläubiger haben demnach von dem Eintritt des Nacherben keinen Nachteil.

Ebenso wie der Nacherbe an die von dem Erben erklärte Wahl, Kommanditist zu sein, gebunden ist, wenn die überlebenden Gesellschafter sich mit dem Verlangen des Vorerben einverstanden erklärt haben, hat er auch, wenn die überlebenden Gesellschafter sich mit dem Verlangen des Vorerben nicht einverstanden erklärt haben und der Vorerbe von dem Rechte, aus der Gesellschaft auszuscheiden, Gebrauch macht, dieses Ausscheiden des Vorerben gegen sich gelten zu lassen. In den beiden bezeichneten Fällen kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Nacherbe nicht das Recht haben kann, im Falle des Eintritts der Nacherbschaft die von dem Vorerben gewählte Ausübung der Rechte aus § 139 HGB. als nicht geschehen zu betrachten und seinerseits noch einmal sich über die Wahl der Rechte aus § 139 HGB. zu entschließen.

Fraglich aber ist, ob dies auch zutrifft, wenn der Vorerbe die Rechte aus § 139 HGB. nicht geltend gemacht hat, also in der Gesellschaft verblieben ist. Staub ist der Ansicht, daß, gleichgültig ob der Vorerbe die Rechte aus § 139 ausgeübt hat oder nicht, der Nacherbe die Rechtsstellung, wie sie sich aus dem Verhalten des Vorerben ergibt, gegen sich gelten lassen muß.[1]) Dagegen ist Görner der Meinung, daß es dem Gesetze entspreche, wenn der Nacherbe berechtigt sei, die bisher noch nicht geltend gemachten Rechte nunmehr auszuüben, denn sonst ergäbe sich für den Nacherben der Mißstand des alten Rechts; er müsse, weil er Mitglied der Gesellschaft sei, unbeschränkt für alle bisher entstandenen und zukünftigen Gesellschaftsschulden solidarisch haften oder aber die Nacherbschaft ausschlagen.[2])

Meines Erachtens hängt die Entscheidung der Frage davon ab, ob der Vorerbe dadurch, daß er die Rechte aus § 139 HGB. nicht

1) Staub S. 579 § 139 Anm. 4.
Desgl. Pinkernelle S. 51.
Sames S. 30.
2) Görner S. 19.

geltend gemacht hat, also die Gesellschaft fortgesetzt hat und in ihr als offener Gesellschafter verblieben ist, über ein zur Erbschaft gehöriges Recht, im Sinne des § 2112 BGB. verfügt hat. Ist dies zu bejahen, so muß nach § 2112 BGB. auch der Nacherbe die Stellung, die der Vorerbe als offener Gesellschafter eingenommen hat, gegen sich gelten lassen, muß also ebenfalls offener Handelsgesellschafter werden, ohne daß ihm die Rechte aus § 139 HGB. zustehen. M. E. ist aber die Rechtslage, die sich daraus ergibt, daß der Vorerbe wählt, Kommanditist zu sein, verschieden von der Rechtslage, die sich daraus ergibt, daß er wählt, offener Gesellschafter zu bleiben. Die Ansicht, daß in jedem Falle eine Verfügung in dem obenbezeichneten Sinne anzunehmen ist[1]), erscheint nicht als zutreffend. Die Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, dessen Wirkung auf einen Gegenstand, eine Sache oder ein Recht unmittelbar gerichtet ist und die Rechtslage dieses Gegenstandes unmittelbar ändert. Die Verfügung setzt also voraus, daß durch sie eine Rechtslage unmittelbar geschaffen wird, die vorher noch nicht bestand. Dadurch aber, daß der Vorerbe von dem Rechte aus § 139 HGB. keinen Gebrauch macht und in der Gesellschaft als offener Gesellschafter verbleibt, wird an der bestehenden Rechtslage nichts geändert. Denn wie unten noch darzulegen sein wird, ist der Erbe und somit auch der Vorerbe auf Grund der Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, daß die Gesellschaft mit ihm fortgesetzt werden soll, kraft Gesetzes offener Gesellschafter. Es bedarf keiner besonderen Handlung, um ihm diese Stellung zu geben. Deshalb aber kann das untätige Verhalten des Vorerben, womit sein Verbleiben in der Gesellschaft als offener Gesellschafter verbunden ist, nicht als Verfügung angesehen werden. Vielmehr ist nur die Ausübung der Rechte aus § 139 HGB., nicht aber ihre Nichtausübung eine Verfügung im Sinne des § 2112 BGB. Das ist zwar eine rein formalistische Entscheidung, aber auch materiell durchaus berechtigt, weil dieselbe ratio legis vorliegt; allerdings nicht die erbrechtliche, aber die oben S. 12 angegebene. — Übrigens wäre auch die entgegengesetzte Ansicht zumal dann haltbar, wenn der Vorerbe ausdrücklich die volle Mitgliedschaft gewählt oder auf das Wahlrecht aus § 139 verzichtet hat. „Verfügungen" sind hier gewiß auch derartige Entscheidungen mit vermögensrechtlicher Wirkung. Daraus folgt, daß der Nacherbe, wenn der Fall der Nacherbschaft eingetreten ist, und er die

1) Sames S. 30.

Erbschaft angenommen hat, auch noch als befugt anzusehen ist, die Rechte aus § 137 HGB. geltend zu machen. Die Vorschrift des Abs. 3 § 139 HGB., wonach der Erbe nur innerhalb einer Frist von 3 Monaten seit Kenntnis von dem Erbanfalle die Rechte aus § 139 HGB. geltend machen kann, steht dem nicht im Wege. Denn der Nacherbe wird erst, wie bereits hervorgehoben, im Falle des Eintritts der Nacherbschaft Erbe; von dem Zeitpunkt der Kenntnis hiervon läuft demnach auch die dreimonatige Frist. Auch der Umstand, daß im Falle des Eintritts der Nacherbschaft bis zu diesem Zeitpunkte unter Umständen eine mehr oder weniger lange Zeit verstrichen ist, kann der Ausübung der Rechte aus § 139 HGB. durch den Nacherben nicht entgegenstehen.

Schlägt der Nacherbe die Erbschaft aus, so bleibt der Vorerbe, wenn er, ohne von den Rechten aus § 139 HGB. Gebrauch zu machen, offener Gesellschafter geblieben ist, oder wenn ihm auf sein Verlangen die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt worden ist, in der Gesellschaft als offener Gesellschafter oder als Kommanditist [1]). Das ergibt sich daraus, daß nach § 2142 BGB. die Erbschaft, wenn der Nacherbe sie ausschlägt, dem Vorerben verbleibt, sofern der Erblasser nicht ein anderes bestimmt hat. Durch die Ausschlagung der Erbschaft durch den Nacherben wird deshalb an der Stellung des Vorerben, die er in der offenen Handelsgesellschaft gewählt hat, nichts geändert.

Im Vorstehenden ist die Rechtslage erörtert, die sich ergibt, wenn nach der Bestimmung des Gesellschaftsvertrages mit dem oder den Erben die Gesellschaft fortgesetzt werden soll, der verstorbene Gesellschafter aber im Testament eine Nacherbschaft angeordnet hat. Die gleichen Grundsätze müssen auch Platz greifen, wenn nach dem Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Vorerben und den Nacherben stattfinden soll, und der verstorbene Gesellschafter eine Nacherbschaft angeordnet hat. Die Vertragsvereinbarung aber kann auch dahin lauten, daß die Gesellschaft nur mit dem Nacherben fortgesetzt werden soll. Lehmann-Ring ist der Meinung, daß eine derartige Abrede nur für den Fall wirken könne, daß der Nacherbe z. B. des Todes des Erblassers durch den Fortfall des Vorerben als Ersatzerbe eingerückt sei. Werde dagegen der Vorerbe Erbe, so sei die Fortsetzung mit dem Nacherben ausgeschlossen, weil dieser noch

1) Pinkernelle S. 51.

nicht Erbe sei[1]). Diese Ansicht erscheint jedoch nicht als zutreffend. Natürlich kann die Fortsetzung, solange der Vorerbe Erbe ist, nicht stattfinden, weil während dieser Zeit der Nacherbe nicht Erbe ist. Aber wenn der Fall der Nacherbschaft eingetreten ist, der Nacherbe die Erbenqualität erlangt hat, steht auch m. E. kein Bedenken entgegen, daß die Gesellschaft mit dem Nacherben fortgesetzt wird und diesem die Rechte aus § 139 HGB. zustehen. Denn das Gesetz bestimmt nicht, daß die Fortsetzung mit dem Erben unmittelbar nach dem Tode des Erblassers stattzufinden hat. Ebenso wie in dem Falle, daß der einfache Erbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt ist, oder daß die Fortsetzung der Gesellschaft unter der aufschiebenden Bedingung vereinbart ist, daß der einfache minderjährige Erbe volljährig wird, die Fortsetzung nicht ausgeschlossen ist, weil sie auf den Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung (oder eventl. einer Zeitbestimmung) hinausgeschoben wird, muß auch hier das gleiche gelten.

Die Vereinbarung, daß mit dem Nacherben des verstorbenen Gesellschafters die Gesellschaft fortgesetzt werden soll, hat hiernach zugleich die Bedeutung, daß bis zu dem Zeitpunkte, in dem der Fall der Nacherbschaft eintritt, die Fortsetzung der Gesellschaft allein unter den überlebenden Gesellschaftern als vereinbart zu gelten hat. Zweifelhaft aber ist in diesem Falle, wie die Rechte des Vorerben sich am Gesellschaftsvermögen gestalten. Die Annahme, daß in der Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, die Gesellschaft solle mit dem Nacherben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt werden, eine letztwillige Verfügung desselben zu finden ist, kraft deren der Anteil am Gesellschaftsvermögen dem Vorerben entzogen ist und unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Fall der Nacherbschaft eintritt und der Nacherbe die Erbschaft annimmt, dem Nacherben zugewendet werden soll, kann meines Erachtens nicht in Betracht kommen. Abgesehen von dem Bedenken, die hinsichtlich der Frage entstehen, ob in der gedachten Vereinbarung — vorausgesetzt, daß sie überhaupt schriftlich getroffen ist — eine gültige, letztwillige, testamentarische Verfügung des betreffenden Gesellschafters zu finden ist, würde es sich bei der gedachten Zuwendung um ein Vermächtnis zu Gunsten des Nacherben handeln. Dann aber kann der Nacherbe, wie unten zu erörtern sein wird, als Vermächtnisnehmer die Rechte aus § 139 HGB. nicht geltend machen. Die oben vertretene Ansicht, daß im Falle der gedachten Bestimmung

1) Lehmann-Ring S. 300 § 139 a 1.
Sames S. 28.

der Nacherbe zur Ausübung der Rechte aus § 139 HGB. befugt ist, könnte also nicht aufrecht erhalten werden.

Es käme weiter in Betracht, ob der Anteil des verstorbenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen trotz der gedachten Vertragsbestimmung als zu der der Verfügung des Vorerben unterliegenden Erbschaft gehörig anzusehen ist. Aus dieser Annahme würde die Folgerung sich ergeben, daß der Vorerbe Mitglied der Gesellschaft geworden ist. Da aber die Gesellschaft nicht mit ihm, sondern mit dem Nacherben fortgesetzt werden soll, ist er als aus der Gesellschaft ausgeschieden anzusehen. Er würde deshalb verlangen können, daß die überlebenden Gesellschafter sich mit ihm nach Maßgabe der §§ 738—740 BGB. auseinandersetzen. Dann aber entstehen Schwierigkeiten in zweifacher Richtung, zunächst hinsichtlich der Pflichten der Nacherben, wenn der Fall der Nacherbschaft eintritt und der Nacherbe die Erbschaft annimmt. Der Anteil seines Erblassers am Gesellschaftsvermögen ist zwar nach § 138 HGB. den übrigen Gesellschaftern angewachsen, aber das Gesellschaftsvermögen doch, da die Gesellschafter dem Vorerben dasjenige haben zahlen müssen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten haben würde, wenn die Gesellschaft z. Zt. seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre, um den Wert des Anteils des Erblassers vermindert. Den übrigen Gesellschaftern würde nicht zugemutet werden können, mit dem Nacherben die Gesellschaft ohne die an den Vorerben zur Auszahlung gelangten Beträge fortzusetzen. Wenn der Nacherbe von dem Rechte Gebrauch macht, sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig zu machen, würde es an der Einlage des Erblassers fehlen, die als Kommanditeinlage anerkannt werden könnte. Demnach müßte der Nacherbe verpflichtet sein, sei es, daß er als offener Gesellschafter bleiben, sei es, daß er Kommanditist werden will, die durch die Auseinandersetzung mit dem Vorerben der Gesellschaft entzogenen Beträge wieder aufzubringen und an die Gesellschaft einzuzahlen.

Diese Konsequenz, die sich aus der Annahme ergibt, daß der Anteil des Erblassers am Gesellschaftsvermögen als zu der der Verfügung des Vorerben unterliegenden Erbschaftsmasse gehörig anzusehen ist, wird aber wohl kaum als der Absicht des Erblassers und dem Willen der den Gesellschaftsvertrag abschließenden Gesellschafter entsprechend angesehen werden können. Vielmehr geht dieser Wille da-

hin, daß, wenn der Nacherbe die Erbschaft annimmt, die Gesellschaft mit denjenigen Anteilen des verstorbenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen mit dem Nacherben fortgesetzt werden soll, der im Zeitpunkte des Eintritts der Nacherbschaft vorhanden ist. Die obenbezeichnete Annahme ist also mit dem Vertragswillen und der Absicht des Erblassers unvereinbar und deshalb abzulehnen.

Aus der gedachten Annahme ergeben sich ferner Schwierigkeiten hinsichtlich der Schuldenhaftung. Denn da aus jener Annahme, wie schon bemerkt, folgt, daß der Vorerbe Gesellschafter geworden ist, aber aus der Gesellschaft auszuscheiden hat und ausgeschieden ist, so ist die weitere Folgerung unabweisbar, daß er auch für die bisher entstandenen Gesellschaftsschulden trotz seines Ausscheidens haftet. (§ 159 HGB.) Wird nun im Falle des Eintritts der Nacherbschaft und der Annahme der Erbschaft durch den Nacherben die Gesellschaft mit dem letzteren in der Art fortgesetzt, daß er von den Rechten aus § 139 HGB. keinen Gebrauch macht, also offener Gesellschafter bleibt, so muß auch er den Gläubigern der bisher entstandenen Gesellschaftsschulden unbeschränkt und solidarisch haften. Diese doppelte Haftung des Vorerben und des Nacherben kann ebenfalls weder dem Willen des Gesetzes, noch dem Vertragswillen, noch dem Willen des Erblassers entsprechen. Deshalb ist aber die obengedachte Annahme, als deren Konsequenz sich diese doppelte Haftung darstellt, auch aus diesem Grunde abzulehnen. Die Ansicht, die Sames[1]), jedoch ohne Begründung vertritt, daß der Vorerbe die Auseinandersetzung mit den überlebenden Gesellschaftern wegen des Anteils des Erblassers am Gesellschaftsvermögen verlangen kann, und der Nacherbe die durch die Auseinandersetzung der Gesellschaft entzogenen Beträge wieder einbringen muß, ist hiernach nicht richtig. Obwohl Sames anerkennt, daß — nicht näher angegebene — Bedenken bestehen, meint er, daß sie dem praktischen Bedürfnisse und der Billigkeit am meisten entspreche. Auch das kann nach dem oben Gesagten nicht anerkannt werden. Das praktische Bedürfnis wie die Billigkeit erfordern vielmehr, daß im Zeitpunkte des Eintritts des Falles der Nacherbschaft der Anteil des Erblassers am Gesellschaftsvermögen noch vorhanden ist. Die Rücksicht auf das Bedürfnis und die Billigkeit ebenso wie der Wille des Erblassers und der Vertragsschließenden können allerdings den Ausschluß der Verfügungsgewalt des Vorerben über den

1) Sames S. 29.

bezeichneten Anteil allein nicht rechtfertigen. Es fragt sich vielmehr, ob und wie dieser Ausschluß auch rechtlich zu begründen ist.

M. E. kann die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, daß mit dem Nacherben des betreffenden Gesellschafters die Gesellschaft fortgesetzt werden soll, nicht die Bedeutung in sich schließen, daß nach dem Willen des Erblassers der Anteil zwar zur Erbschaftsmasse, die dem Vorerben zufällt, gehört, dem letzteren aber die Verfügung über denselben genommen sein soll. Denn die Vorschrift des § 2112 BGB., wonach der Vorerbe — abgesehen von den Ausnahmen der §§ 2113 bis 2115 BGB. — über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mit Wirkung gegenüber dem Nacherben frei verfügen kann, ist zwingenden Rechts. Der Erblasser kann abgesehen von den Fällen der §§ 2113—2115 BGB. die Verfügung des Vorerben über einen bestimmten zur Erbschaft gehörenden Gegenstand nicht ausschließen (cf. § 137 BGB.). Eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 2044 BGB. auf den hier in Rede stehenden Fall erscheint ausgeschlossen. Denn dort handelt es sich um den Ausschluß der Auseinandersetzung unter Miterben, hier um den Ausschluß des Verfügungsrechts des Vorerben.[1]) Wenn dem Vorerben die Verfügung über den gedachten Anteil genommen sein soll, muß die Vertragsbestimmung, die Gesellschaft solle mit dem Nacherben fortgesetzt werden, eine andere Bedeutung haben. M. E. ist sie zugleich als die letztwillige Verfügung des Erblassers zu charakterisieren, daß dem Vorerben der Anteil des Erblassers am Gesellschaftsvermögen unter der aufschiebenden Bedingung zufallen soll, daß der Nacherbe die Erbschaft nicht annimmt. Dabei ist vorausgesetzt, daß die Vertragsbestimmung den Formen des § 2231 Nr. 2 BGB. entspricht. Hat die Vertragsbestimmung die obenbezeichnete Bedeutung, so fallen alle die oben dargelegten Schwierigkeiten fort. Der Vorerbe ist, so lange der Nacherbe die Erbschaft nicht ausgeschlagen hat, nicht Erbe, hinsichtlich des Teils der Erbschaft, die aus dem Anteil des Gesellschaftsvermögens besteht. Er ist deshalb auch nicht Gesellschafter geworden, kann aus der Gesellschaft nicht ausscheiden und deshalb nicht die Auseinandersetzung mit den übrigen Gesellschaftern nach §§ 738—740 BGB. verlangen, er haftet auch nicht für die Gesellschaftsschulden. Erst wenn der Nacherbe die Erbschaft ausschlägt, ist er Erbe hinsichtlich des Anteils des Erblassers am Gesellschaftsvermögen geworden. § 139

1) RGZ 5 S. 402 ff.

HGB. kann aber auch dann nicht angewendet werden, weil die Fortsetzung der Gesellschaft nicht mit ihm, dem Vorerben, sondern dem Nacherben, der fortgefallen ist, vereinbart worden ist. Gemäß § 131 Abs. 4 wird also die Gesellschaft nunmehr aufgelöst, wenn nicht etwa in der Vertragsbestimmung zugleich die Vereinbarung zu finden ist, daß die Gesellschaft auch unter den überlebenden Gesellschaftern allein — ohne den Nacherben — fortgesetzt werden soll. In diesem Falle findet § 138 HGB. Anwendung. Tritt der Fall der Nacherbschaft ein und nimmt der Nacherbe die Erbschaft nunmehr an, so fällt der Vorerbe überhaupt weg, weil die aufschiebende Bedingung, unter der er auf den Teil des Nachlasses, der aus dem Anteil am Gesellschaftsvermögen besteht, eingesetzt war, ausgefallen ist. Die ganze Erbschaft fällt dem Nacherben an, und dieser hat nunmehr die Rechte aus § 139 HGB.

Die Vertragsbestimmung über die Fortsetzung der Gesellschaft kann auch dahin lauten, daß diese mit dem Erben und Erbeserben stattfinden soll. Es fragt sich dann, ob auch der Erbeserbe die Rechte aus § 139 HGB. geltend zu machen befugt ist. Dies ist zu verneinen. Denn der Erbeserbe ist nicht Erbe des Gesellschafters; nur dem Erben des verstorbenen Gesellschafters aber sind die aus § 139 HGB. hervorgehenden Rechte gegeben. Zu einer Ausdehnung der Vorschriften des § 139 HGB. auf den Erbeserben liegt auch, wie Biezens mit Recht hervorhebt, kein Bedürfnis vor. Denn der Fortbestand der Gesellschaft ist einstweilen durch den Eintritt des Erben gewährleistet. Stirbt der Erbe, so bleibt es den Gesellschaftern unbenommen, eine neue Vereinbarung mit dem Erben des Erben zu treffen, kraft deren auch jener in die Gesellschaft eintritt.[1])

Besondere Beachtung verlangt der Fall, daß in dem Vertrage die Fortsetzung mit einer bestimmten als Erbe bezeichneten Person vereinbart ist, sich dann aber herausstellt, daß diese Person zu den Pflichtteilsberechtigten gehört.

Es ist hier zu unterscheiden:

Ist der Pflichtteilsberechtigte durch letztwillige Verfügung des Erblassers von der Erbschaft ausgeschlossen worden, so kann er zwar den gesetzlichen Pflichtteil nach § 2303 BGB. fordern, aber dieser Anspruch ist nur obligatorischer Natur. Der Pflichtteilsberechtigte ist,

1) Biezens S. 116.
Görner S 20.
Sames S 32

auch, wenn ihm der Pflichtteil bezahlt wird, nicht Erbe; deshalb können ihm die Rechte aus § 139 HGB. nicht zustehen. Das gleiche gilt für den Fall, daß ihm der Pflichtteil letztwillig zugewendet worden ist; denn nach § 2304 BGB. gilt im Zweifel die Zuwendung des Pflichtteils nicht als Erbeneinsetzung.

Es ist aber auch möglich, daß der Pflichtteilsberechtigte auf den Pflichtteil als Erbe eingesetzt ist. Ist das ohne eine Beschränkung oder Beschwerung im Sinne des § 2306 BGB. geschehen, so ist dem Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit genommen, etwa die Erbschaft auszuschlagen und statt dessen die obligatorische Forderung auf den Wert der Hälfte des gesetzlichen Erbteils zu verlangen. Er ist und bleibt vielmehr Erbe, es müssen ihm deshalb auch die Rechte aus § 139 HGB. zustehen, einerlei, ob der Erbteil, auf den er als Erbe eingesetzt ist, geringer oder höher als die Hälfte des gesetzlichen Erbteiles ist. Im ersteren Falle kann er nur nach § 2305 BGB. vom Miterben Auffüllung des Pflichtteils, d. h. Zahlung des Wertes der Differenz zwischen dem Erbteil, zu dem er eingesetzt ist, und der Hälfte des gesetzlichen Erbteiles verlangen.

Ist der Pflichtteilsberechtigte unter einer Beschränkung oder Beschwerung als Erbe eingesetzt, so bleibt er auch in dem Falle Erbe — und § 139 HGB. findet auf ihn Anwendung — daß der Erbteil, auf den er eingesetzt ist, geringer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist, denn in diesem Falle gilt nach § 2306 BGB. die Beschränkung oder Beschwerung als nicht angeordnet [1]) Anders aber, wenn der ihm hinterlassene Erbteil größer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Er kann dann nach § 2306 BGB. den Erbteil ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Macht er von diesem Rechte keinen Gebrauch, so ist er Erbe mit den Befugnissen aus § 139 HGB. Schlägt er dagegen den Erbteil aus, und verlangt den Pflichtteil, so können ihm, weil er nun nicht mehr Erbe ist, auch nicht die Rechte aus § 139 HGB. zustehen.

Daß § 139 HGB. keine Anwendung finden kann, wenn die im Vertrage als Erbe bezeichnete Person, mit der die Gesellschaft nach dem Tode des Erblassers fortgesetzt werden soll, bloß Vermächtnisnehmer ist, ergibt sich daraus, daß der Vermächtnisnehmer nicht Erbe ist, sondern nur einen obligatorischen Anspruch hat, kraft dessen er

1) Staub I, S. 580 § 139 Anm. 4.
Sames S. 30.

von dem Beschwerten die Leistung des Vermächtnisses fordern kann (§ 2174 BGB.).

Sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung der Gesellschaft an eine Bedingung geknüpft ist, z. B. daß die Person des Erben besondere Eigenschaften haben muß, nämlich volljährig, Inländer, am Orte der Gesellschaft wohnen, kaufmännisch gebildet sein muß usw., Bedingungen, die, wie schon oben bemerkt, zulässig sind, ist die Fortsetzung der Gesellschaft mit jedem Erben, auch dem Minderjährigen, dem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten, dem Geschäftsunfähigen, einer Person weiblichen Geschlechts statthaft.

Hinsichtlich der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten und Geschäftsunfähigen meint Görner, daß die Fortsetzung der Gesellschaft mit diesen nur möglich sei, wenn der gesetzliche Vertreter dazu seine Einwilligung erteile.[1]) M. E. ist dieses nicht richtig. Genehmigung weder des gesetzlichen Vertreters noch des Vormundschaftsgerichtes ist zu dem Eintritte des Erben, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder geschäftsunfähig ist, in die Gesellschaft erforderlich. Die des gesetzlichen Vertreters deshalb nicht, weil es sich bei der Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben nicht um Vornahme eines Rechtsgeschäftes oder eines Vertrages im Sinne der §§ 107, 108 BGB. handelt, vielmehr, wie unten in § 5 noch zu erörtern ist, infolge der Vertragsabrede kraft Gesetzes der Erbe offener Handelsgesellschafter wird Wie sich der volljährige, geschäftsfähige Erbe der Fortsetzung der Gesellschaft außer dadurch, daß er von den Rechten aus § 139 HGB. Gebrauch macht, nicht entziehen kann und zunächst einmal mit dem Erbfall offener Gesellschafter wird, so kann auch der beschränkt-geschäftsfähige oder geschäftsunfähige Erbe keine andere Stellung einnehmen und durch seinen gesetzlichen Vertreter von vornherein die Fortsetzung ablehnen. Es wäre eine auffällige Anomalie, wenn das Gesetz einen derartigen Unterschied gutheißen wollte. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ist deshalb nicht erforderlich, weil die von gesetzeswegen eintretende Fortsetzung durch den Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten keinen der in §§ 1821, 1822 BGB. vorgesehenen Fälle betrifft.

Der gesetzliche Vertreter kann, wenn er die Fortsetzung der Gesellschaft durch den von ihm bevormundeten Erben ablehnen will, nur die Erbschaft ausschlagen, wozu er nach § 1822 Ziffer 2 der Ge-

1) Görner S. 21. 22.

nehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Zur Ausübung der Rechte aus § 139 HGB. hingegen ist diese Genehmigung nicht erforderlich.

Dasselbe was von dem geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben hinsichtlich der Frage der Genehmigung der Fortsetzung durch den gesetzlichen Vertreter gilt, muß auch hinsichtlich der Frage der Genehmigung der Fortsetzung durch den Ehemann gelten, wenn der Erbe eine Ehefrau ist, gleichgültig in welchem Güterstande die Eheleute leben. Daß die Eigenschaft als Ehefrau diese von der Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft nicht ausschließt, kann nach dem Rechte des HGB. nicht zweifelhaft sein. Trotzdem will Sames die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben, der Ehefrau ist, nur zulassen, wenn sie mit ihrem Ehemanne in Gütertrennung lebt oder wenn ihr Ehemann die Genehmigung zur Fortsetzung erteilt hat. Und zwar deshalb, weil sie nur dann den Gläubigern unbeschränkt, ohne solche Genehmigung dagegen nur ihr Vorbehaltsgut, nicht aber auch das eingebrachte Gut und das Gesamtgut hafte.[1]) Diese Ansicht kann nicht als richtig anerkannt werden. Auch hier ist davon auszugehen, daß die Fortsetzung auf Grund der Vertragsabrede kraft Gesetzes, ohne daß eine auf die Fortsetzung gerichtete Willenserklärung des Erben erforderlich ist, eintritt. Es handelt sich demnach im Falle des gesetzlichen Güterstandes, wenn die der Ehefrau zugefallene Erbschaft zum eingebrachten Gut gehört, bei der Fortsetzung der Gesellschaft durch die Erbin-Ehefrau nicht um ein Rechtsgeschäft, zu dem nach § 1395, 1396 BGB. die Zustimmung des Ehemannes erforderlich wäre. Die Gesellschaftsschulden, die bis zum Tode des Erblassers entstanden sind, sind deshalb auch nicht aus einem nach Eingehung der Ehe vorgenommenen Rechtsgeschäfte der Ehefrau erwachsen, für die das eingebrachte Gut nur nach Maßgabe des § 1412 BGB. haften würde. Nach der Regel des § 1411 BGB. haftet vielmehr, weil die Ausnahme des § 1412 BGB. nicht gegeben ist, das eingebrachte Gut für die obenbezeichneten Schulden unbeschränkt. Leben die Eheleute in allgemeiner Gütergemeinschaft, Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft und gehört die der Ehefrau angefallene Erbschaft zum Gesamtgut, so haftet hier nach § 1460, 1519, 1549 BGB. das Gesamtgut für die bis zum Tode des Erblassers entstandenen Gesellschaftsschulden ebenfalls, weil die Fortsetzung

1) Sames S. 34. 35.

der Gesellschaft durch die Ehefrau kein Rechtsgeschäft ist, sondern ipso jure eintritt. Gehört die Erbschaft bei der Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft zum eingebrachten Gute der Frau, so gilt nach §§ 1525 Abs. 2, 1550 Abs. 2 BGB. dasselbe, was oben hinsichtlich des gesetzlichen Güterstandes gesagt ist. Der von Sames angezogene Grund hinsichtlich der Schuldenhaftung kann hiernach nicht das Erfordernis der Genehmigung des Ehemannes zur Fortsetzung der Gesellschaft durch die Ehefrau rechtfertigen. Die Genehmigung ist, einerlei, in welchem Güterstande die Eheleute leben und ob die Erbschaft oder der Anteil des Erblassers an der Gesellschaft zum Gesamtgut oder zum Vorbehaltsgut oder eingebrachten Gut der Ehefrau gehört, nicht erforderlich.

Eine andere Frage ist, ob die Ehefrau, die ohne Zustimmung ihres Mannes offener Gesellschafter geworden ist, wenn sie die dem Erben aus § 139 HGB. zustehenden Rechte geltend machen will, dazu der Zustimmung ihres Ehemannes bedarf. Meines Erachtens liegt darin, daß der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig macht, eine Verfügung über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen. Deshalb aber ist, wenn dieser Anteil zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute gehört, nach §§ 1396, 1443 BGB. die Zustimmung des Ehemannes zu dem gedachten Verlangen erforderlich. Diese ist auch dann notwendig, wenn die Ehefrau aus der Gesellschaft nach Ablehnung ihres Verlangens durch die übrigen Gesellschafter ausscheiden will. Denn auch dieses Ausscheiden ist eine Verfügung über den ihr zugefallenen Anteil am Gesellschaftsvermögen.

Die Frage, ob der Umstand, daß der Erbe z. Zt. des Erbanfalles sich im Konkurs befindet, die im Vertrage vereinbarte Fortsetzung der Gesellschaft mit ihm hindert, wird von Staub, Sames und Görner bejaht, weil nach der zwingenden Vorschrift des § 131 Nr. 5 HGB. die offene Handelsgesellschaft durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst wird, und eine in Konkurs befindliche Person, weil sie nicht offener Handelsgesellschafter bleiben kann, auch nicht offener Handelsgesellschafter werden könne.[1])

M. E. ist es nicht notwendig, um dem § 131 Nr. 5 HGB.

1) Staub S. 580 § 139 Anm. 5.
Sames S. 35, 36.
Görner S. 22.

Wirkung zu verschaffen, anzunehmen, daß die Vereinbarung über die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem in Konkurs befindlichen Erben ungültig ist und dieser nicht Gesellschafter werden kann. Vielmehr läßt sich die Vorschrift des § 131 Nr. 5 sehr wohl mit der Vereinbarung über die Fortsetzung mit dem im Konkurs befindlichen Erben vereinigen. Nämlich dahin, daß der Erbe, obwohl er im Konkurse ist, nach § 139 HGB. zwar Gesellschafter wird, daß aber zugleich mit seinem Eintritt die Auflösung der Gesellschaft nach § 131 Nr. 5 HGB. erfolgt. Er kann bei dieser Konstruktion ebenfalls nicht in die Lage kommen, die Rechte aus § 139 auszuüben.

II. Die Stellung des Erben bei fortgesetzter Gesellschaft.

1) Die Stellung des Erben zur Zeit des Erbanfalls.

§ 5.

Sind die in den beiden vorigen §§ erörterten Voraussetzungen gegeben, d. h. ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß für den Fall des Todes eines oder mehrerer Gesellschafter die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll und ist der Fall der Beerbung eingetreten, so hat der Erbe nach der Vorschrift des § 139 HGB die dort bestimmten Rechte. Die Bestimmung schließt sich an die Auslegung, die das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 16 S. 40 ff. dem Art. 123 Nr. 2 des alten HGB. gegeben hat, insofern an, als sie bestrebt ist, die Härten, die sich aus jener Auslegung ergaben, für das neue Handelsgesetz zu beseitigen. Es ist oben § 2 bereits dargelegt, daß nach der Auffassung des Reichsgerichts von der Bedeutung des Art. 123 Nr. 2 des alten HGB. im Falle der gedachten Vereinbarung der Erbe nicht obligatorisch zur Fortsetzung berechtigt und verpflichtet ist, sondern daß er von gesetzeswegen in die Gesellschaft auf Grund der Vereinbarung eintritt, sofern er nicht die ganze Erbschaft ausschlägt. Die Härte, die diese Auslegung mit sich bringt, besteht darin, daß, wenn er von dem Ausschlagungsrechte keinen Gebrauch macht, nach bürgerlichem Rechte aber als Erbe für die Nachlaßschulden beschränkt haftet, hinsichtlich der Gesellschaftsschulden doch seine unbeschränkte Haftung eintritt. Dieses folgert das Reichsgericht aus der besonderen, die Bestimmungen des bürgerlichen Erbrechts modifizierenden handelsrechtlichen Vorschrift, wonach jeder, der in eine

offene Handelsgesellschaft als Gesellschafter eintritt, für die Gesellschaftsschulden unbeschränkt und solidarisch haftet.

Von dieser Auffassung geht auch die Vorschrift des § 139 HGB. aus. Der Erbe ist weder bloß obligatorisch berechtigt, die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit sich von den überlebenden Gesellschaftern zu verlangen, noch ist er diesen gegenüber nur obligatorisch zur Fortsetzung verpflichtet. Vielmehr wird er von gesetzeswegen, kraft der vertraglichen Vereinbarung der Gesellschafter unmittelbar mit dem Erbfalle offener Handelsgesellschafter. Er tritt ipso jure, nicht etwa auf Grund eines neuen von ihm mit den überlebenden Gesellschaftern geschlossenen Vertrages in die Gesellschaft ein.[1])

Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 139. Denn es ist hier bestimmt, daß der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen kann, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird; er kann ferner, wenn sich die überlebenden Gesellschafter mit seinem Verlangen nicht einverstanden erklären, aus der Gesellschaft ausscheiden. Andererseits enthält § 139 HGB. keine Vorschrift darüber, daß sein Eintritt in die Gesellschaft eine besondere Willenserklärung von ihm fordert. Daraus folgt, daß, da sein Verbleiben in und sein Ausscheiden aus der Gesellschaft seine Mitgliedschaft voraussetzt, diese unmittelbar kraft Gesetzes eintritt.

Auch von der für das frühere Recht von dem Reichsgericht ausgesprochenen Auffassung von der Schuldenhaftung, geht die Vorschrift des § 139 aus. Der Erbe, der kraft Gesetzes Gesellschafter geworden ist, haftet grundsätzlich für die Gesellschaftsschulden, die bei seinem Eintritt vorhanden waren, unbeschränkt und solidarisch, auch wenn er nach bürgerlichem Rechte seine beschränkte Erbenhaftung geltend zu machen befugt ist. Er kann aber, um der unbeschränkten Haftung der Gesellschaftsschulden zu entgehen, nicht nur, wie nach früherem Rechte, die ganze Erbschaft ausschlagen. Die Vorschrift des § 139 HGB. gewährt ihm noch zu diesem Zwecke das Recht, die Einräumung der Stellung eines Kommanditisten zu verlangen und, wenn dieses Verlangen von den überlebenden Gesellschaftern abgelehnt wird, aus der Gesellschaft auszuscheiden und zwar ohne, daß er die

1) Staub I S. 585 § 139 Anm. 25.
Goldmann S. 618 § 139 Anm. 7.
Makower S. 371 § 139 Anm. IV a.
Lehmann-Ring S. 305 § 139 Anm. 2.
Sames S. 37.
Görner S. 24.

Erbschaft auszuschlagen braucht. Die genannten Rechte bezwecken, dem Erben nach der ihm etwa nach bürgerlichem Rechte zustehenden beschränkten Erbenhaftung, auch für seine Stellung in der Gesellschaft die Möglichkeit zu geben, seine beschränkte Haftung für die Gesellschaftsschulden herbeizuführen. Sie sind nur von dem Gesichtspunkte der grundsätzlichen unbeschränkten Haftung für die Gesellschaftsschulden aus verständlich und würden auch unabhängig davon zweckmäßig sein (vergl. S. 12).

Der Eintritt des Erben in die Gesellschaft, der ipso jure mit dem Erbfall erfolgt, beruht auf den Regeln des Erbrechts in Verbindung mit der durch Handelsrecht für zulässig erklärten, die Fortsetzung der Gesellschaft betreffenden Vereinbarung, nicht aber auf rein handelsrechtlichen Vorschriften.[1]) Denn die Erbschaft, die der Erbe übernimmt, umfaßt die Gesamtheit der dem Erblasser zustehenden Vermögensrechte und Pflichten. Nach Erbrecht müßte also der Erbe in die Stellung seines Erblassers innerhalb der Gesellschaft in vollem Umfange einrücken; er müßte zur Fortsetzung auch für die Zukunft berechtigt und verpflichtet sein. Diese aus dem Erbrecht sich ergebende Folge wird aber durch das Handelsrecht grundsätzlich ausgeschlossen, das in § 131 Nr. 4 HGB. die Unvererblichkeit der Mitgliedschaft an der Gesellschaft als Regel aufstellt, woraus sich beim Tode eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft oder, sofern die Fortsetzung unter den übrigen Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, das Ausscheiden des Erben aus der Gesellschaft nach § 138 HGB. ergibt. Das Handelsrecht selbst aber hebt als Ausnahme von der Regel die das Erbrecht modifizierende Bestimmung über die Unvererblichkeit der Mitgliedschaftsrechte auf und läßt die oben gedachte aus dem Erbrecht sich ergebende Folge der Fortsetzung der Gesellschaft durch den Erben für den Fall eintreten, daß die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung vereinbart haben. Es sind also die Regeln des Erbrechts, die in Verbindung mit der nach Handelsrecht gedachten zulässigen Vereinbarung der Gesellschafter, den Eintritt des Erben in die Gesellschaft begründen. Dagegen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die unbeschränkte und solidarische Haftung des Erben für die zur Zeit seines Eintritts vorhandenen Gesellschaftsschulden auf der handelsrechtlichen Bestimmung des § 139 beruht. Ohne diese Vorschrift würde der Erbe, der nach bürgerlichem

1) Sames S. 37. 38.

Rechte die beschränkte Erbenhaftung geltend machen könnte, befugt sein müssen, die beschränkte Haftung auch den Gesellschaftsgläubigern gegenüber geltend zu machen.

Daraus, daß der Erbe in die Gesellschaft ipso jure eintritt und die Gesellschaft mit ihm fortgesetzt wird, ergibt sich die Identität der Gesellschaft vor und nach Eintritt des Erben. Es bedarf deshalb nicht etwa der Übertragung der einzelnen Vermögensstücke durch die überlebenden Gesellschafter, auf die mit dem Erben bestehende Gesellschaft. Die überlebenden Gesellschafter sind nicht etwa mit dem Tode des Erblassers aus der bisherigen Gesellschaft ausgeschieden, sodaß auf ihre Haftung für die Gesellschaftsschulden die Vorschrift des § 159 HGB. Anwendung zu finden hätte. Sie haften vielmehr unbeschränkt und solidarisch nach § 128 HGB. den Gesellschaftsgläubigern weiter, ebenso wie auch das bisherige Gesellschaftsvermögen dieser Haftung unterliegt. Nur die eine Änderung ist eingetreten, daß an die Stelle des Erblassers dessen Erbe in die Gesellschaft eingetreten ist. Er haftet ebenso wie sein Erblasser unbeschränkt und solidarisch für die Gesellschaftsschulden.

2) Die dem Erben nach § 139 HGB. zustehenden Rechte.

a) Die Ausübung dieser Rechte.

§ 6.

Wie bereits hervorgehoben, geht nach § 1922 BGB. mit dem Tode des Erblassers die Erbschaft als Ganzes auf den Erben über. Er ist daher mit dem Erbfall ipso jure offener Handelsgesellschafter geworden und hat nach § 1942 BGB. das Recht der Ausschlagung der Erbschaft. Da mit der Ausschlagung der Anfall an ihn nach § 1953 BGB. als nicht erfolgt gilt, der Eintritt in die Gesellschaft aber zur Voraussetzung hat, daß er Erbe wird, so ist die Ausschlagung der Erbschaft für ihn das Mittel, seine Stellung als Gesellschafter wieder aufzuheben und die mit dieser Stellung verbundenen Folgen seiner Haftung für die Gesellschaftsschulden zu beseitigen. Diese Möglichkeit besteht für den Erben auf Grund allgemeiner erbrechtlicher Bestimmung.

Daneben gibt ihm das Handelsrecht im § 139 die Möglichkeit, Erbe zu bleiben, dabei aber die Gefahr, die in der Beteiligung als offener Gesellschafter liegt, zu vermeiden. Der Erbe kann sein Ver-

bleiben in der offenen Handelsgesellschaft davon abhängig machen, daß er Kommanditist wird und im Falle der Ablehnung ausscheidet. Der Erbe hat also ein Wahlrecht. Der Inhalt dieses Wahlrechts besteht aber nicht darin, daß der Erbe zwischen Eintritt in die Gesellschaft und Ausscheiden aus der Gesellschaft wählen kann.[1]) Denn wie oben dargelegt, ist er, wenn er Erbe sein und bleiben will, ipso jure mit dem Erbfall Gesellschafter geworden. Er kann vielmehr nur wählen zwischen dem Verbleiben in der Gesellschaft als offener Gesellschafter oder als Kommanditist.[2])

Will der Erbe als offener Gesellschafter in der Gesellschaft verbleiben, so kann er entweder den überlebenden Gesellschaftern gegenüber diesen seinen Willen erklären, womit der Verzicht auf Geltendmachung des Rechts, die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt zu erhalten, verbunden ist, oder aber er kann die in Absatz 3 § 139 HGB. für die Stellung dieses Antrags vorgeschriebene Frist verstreichen lassen, ohne ihn zu stellen. In dem einen, wie in dem anderen Falle verbleibt er entgiltig als offener Gesellschafter in der Gesellschaft. Derselbe Erfolg tritt ein, wenn er zwar den Antrag gestellt hat, die übrigen Gesellschafter ihn aber abgelehnt haben und er innerhalb der in Absatz 3 § 139 HGB. vorgeschriebenen Frist von dem Rechte, aus der Gesellschaft auszuscheiden, keinen Gebrauch macht. Denn das Ausscheiden tritt nach § 139 Abs. 2 HGB. nicht ipso jure mit der Ablehnung des Antrags ein. Vielmehr ist der Erbe nur befugt, aber nicht verpflichtet, sein Ausscheiden zu erklären.

Will der Erbe als offener Gesellschafter in der Gesellschaft nicht verbleiben, so kann er zwar nicht ohne weiteres, wie schon bemerkt, ausscheiden. Er kann vielmehr nur verlangen, daß ihm innerhalb der Gesellschaft eine andere Stellung als die eines offenen Gesellschafters gewährt wird. § 139 HGB. Abs. 1 gibt ihm das Recht, sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig zu machen, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils des Erblassers, die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn entfallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Will er von diesem Rechte Gebrauch machen, so hat er dies den übrigen Gesellschaftern zu erklären.

---

1) So Staub in der früheren 7. Auflage S. 447 § 139 Anm. 6.
2) Staub S. 530 § 139 Anm. 6.
Goldmann S. 620 § 139 Anm. VI.
Sames S. 40. 41.
Görner S. 25.

Diese Erklärung stellt sich rechtlich als ein Vertragsantrag dar, insofern als der Erbe den übrigen Gesellschaftern die Schließung eines Vertrages anträgt, dessen Gegenstand sein Austreten aus der Stellung eines offenen Gesellschafters und statt deren die Einräumung der Stellung eines Kommanditisten ist. Der Antrag ist nicht an die Gesellschaft als solche und daher auch nicht an die geschäftsführenden Gesellschafter allein, sondern an jeden einzelnen Gesellschafter zu richten. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Abs. 2 § 139 HGB., wo die Rechtsfolgen bestimmt sind, wenn die übrigen Gesellschafter den Antrag des Erben nicht annehmen.[1]) Die Notwendigkeit, den Antrag an jeden einzelnen Gesellschafter zu richten, ergibt sich ferner aus der Erwägung, daß die Annahme des Antrags nicht als eine Handlung anzusehen ist, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt und zu deren Vornahme die geschäftsführenden Gesellschafter nach § 116 Abs. 1 HGB. befugt sind. Bei der Annahme des Antrags handelt es sich vielmehr um die Begründung eines neuen Gesellschaftsverhältnisses, zu dem nach Abs. 2 § 116 HGB. ein Beschluß der sämtlichen Gesellschafter erforderlich ist. Wenn diese aber in die Lage kommen sollen, über den Antrag des Erben sich zu entschließen, so muß der Antrag auch an sie persönlich gerichtet sein. Nur in dem Falle ist der an die Gesellschaft als solche oder an die geschäftsführenden Gesellschafter gerichtete Antrag als zulässig anzusehen, wenn er den einzelnen Gesellschaftern zugegangen ist.[2])

Eine Form ist für den Antrag nicht vorgeschrieben; er kann also schriftlich oder mündlich, unter Anwesenden oder Abwesenden gestellt werden. Er unterliegt, da er eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ist, den Vorschriften der §§ 130, 132 BGB. Danach muß er, wenn er an einen abwesenden Gesellschafter gerichtet ist, um wirksam zu sein, diesem zugegangen sein, d. h. der Adressat muß in die Lage gesetzt sein, sich unter regelmäßigen Verhältnissen Kenntnis von ihm zu verschaffen, wenn er auch tatsächlich keine solche hat. Jedenfalls aber muß dies Zugehen innerhalb der Frist des Abs. 3 § 139 HGB. liegen. Da nach § 132 BGB. eine Willenserklärung auch dann als zugegangen gilt, wenn sie durch Vermittelung eines

1) Staub I S. 581 § 139 Anm 8.
Makower S. 370 § 139 Anm. III b.
Sames S. 42.

2) Staub S. 581 § 139 Anm. 8.
R. G. Bd. 21. S. 95.
Sames S. 42.

Gerichtsvollziehers nach den Vorschriften der CPO. zugestellt worden ist, so kann das Zugehen des Antrags des Erben auch auf dem Wege der Zustellung an die übrigen Gesellschafter bewirkt werden. Auch hier muß die Zustellung innerhalb der Frist des Abs. 3 § 139 HGB. erfolgt sein, wenn der Antrag wirksam sein soll. Ist der Aufenthaltsort des Gesellschafters, dem der Antrag zugehen soll, unbekannt, oder befindet sich der Erbe über die Person dieses Gesellschafters in einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis, so würde ihm, wenn er den Antrag an diesen Gesellschafter persönlich richten oder ihm zustellen müßte, die Einhaltung der Frist des Abs. 3 § 139 HGB. unmöglich sein. Er kann aber in diesem Falle nach § 132 Abs. 2 BGB., um das Zugehen des Antrags an diesen Gesellschafter zu bewirken, sich der öffentlichen Zustellung bedienen. Wenn die öffentliche Zustellung demnächst bewirkt wird, so tritt die Wirkung der Zustellung nach § 207 CPO. schon mit der Überreichung des Gesuchs um die Bewilligung der öffentlichen Zustellung bei dem nach § 132 Abs. 2 BGB. zuständigen Gericht ein. Die Frist des Abs. 3 § 139 HGB. ist also zu Gunsten des Erben als gewahrt anzusehen, wenn er vor dem Ablauf der Frist die öffentliche Zustellung bei dem zuständigen Gericht nachgesucht hat, wenn auch die Zustellung tatsächlich später erfolgt ist.

Sofern der Antrag unter Anwesenden gestellt wird, genügt das bloße Zugehen nicht, um die Wirksamkeit des Antrages herbeizuführen, vielmehr muß hier der Antrag dem Adressaten erkennbar und vernehmbar sein. Dem Antrage unter Anwesenden steht der durch Fernsprecher gestellte gleich. (§ 149 BGB.).

An den Antrag ist der Erbe gemäß § 145 BGB. gebunden, sofern er nicht die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Hat er sich den Widerruf innerhalb einer von ihm selbst gestellten Frist vorbehalten, so kann er den Widerruf mit Wirksamkeit aussprechen, sofern dieser innerhalb der Frist dem Adressaten zugeht. Auch ohne besonderen Vorbehalt des Widerrufs ist der Erbe dazu berechtigt, sofern der Widerruf gleichzeitig mit oder vor dem Antrage dem Adressaten zugeht (§ 130 Abs. 1. Satz 2 BGB.)

Nach der Vorschrift des § 130 Abs. 2 BGB. ist es auf die Wirksamkeit des Antrages ohne Einfluß, wenn der Antragende nach dem Zugehen des Antrags stirbt oder geschäftsunfähig wird. Das Zustandekommen des angetragenen Vertrages wird nach § 153 BGB.

durch die genannten Umstände im Zweifel nicht gehindert. Diese Vorschriften können auf den Antrag des Erben, sofern er nach dem Zugehen des Antrags stirbt, m. E. keine Anwendung finden. Vielmehr muß in solchem Falle der Antrag unwirksam werden. Denn wie oben dargelegt, bezieht sich die Vereinbarung der Fortsetzung der Gesellschaft nur auf den Erben, nicht auf den Erben des Erben. Mit dem Erbeserben aber würde der Vertrag zustandekommen, wenn §§ 130 Abs. 2, 153 BGB. Platz greifen würden. Da die Vereinbarung die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben des Erben nicht betrifft, so wird mit dem Tode des Erben, der offener Gesellschafter ist, die Auflösung der Gesellschaft herbeigeführt, wenn nicht etwa in der Vereinbarung zugleich die Abrede der Fortsetzung allein unter den überlebenden Gesellschaftern zu finden ist. In diesem Falle scheidet der Erbe aus der Gesellschaft nach § 138 HGB. aus.

Das Recht des Erben, den Antrag zu stellen, ist nach Abs. 3 des § 139 HGB. an eine dreimonatige Frist gebunden. Diese Frist beginnt nach Abs. 3 Satz 1 mit dem Zeitpunkte, in dem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erhält. Sie verlängert sich nach Abs. 3 Satz 3, wenn nach dem Ablaufe der drei Monate das Recht der Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren ist, in der Weise, daß sie nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist endet. Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt in folgendem: Die Ausschlagungsfrist des Erben beginnt nach § 1944 Abs. 2 BGB. in dem Zeitpunkte, in dem der Erbe von dem Anfall und dem Grund der Berufung Kenntnis erlangt. Dagegen beginnt die dreimonatige Frist des Abs. 1 Satz 1 des § 139 HGB. mit dem Zeitpunkte, in dem der Erbe von dem Erbanfall ohne Rücksicht auf den Grund der Berufung Kenntnis erlangt. Die dreimonatige Frist des Abs. 3 Satz 1 § 139 HGB. kann also unter Umständen verstrichen sein, ehe der Erbe das Recht der Ausschlagung verloren hat, nämlich wenn er von dem Grunde der Berufung erst zu einem Zeitpunkte Kenntnis erhält, von dem an die sechswöchige Ausschlagungsfrist so zu berechnen ist, daß ihr Ende in die Zeit nach dem Ablauf der dreimonatigen Frist des Abs. 3 Satz 1 § 139 HGB. fällt. Die dreimonatige Frist kann ferner, auch wenn der Erbe zugleich mit dem Anfall von dem Grunde seiner Berufung Kenntnis erhält, dann verstrichen sein, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat oder wenn sich der Erbe bei dem Beginne der Frist im Auslande aufhält. In

diesem Falle verlängert sich die sechswöchige Ausschlagungsfrist nach § 1944 Abs. 3 BGB. auf 6 Monate. Die Bestimmung des § 139 HGB. Abs. 3 Satz 3 hat hiernach den Zweck, dem Erben die Möglichkeit zu gewähren, den Antrag solange zu stellen, als er nicht das Recht der Ausschlagung der Erbschaft verloren hat.

Ohne die Bestimmung würde der Erbe sich in einer Zwangslage befinden. Zwar würde er, wenn er die dreimonatige Frist des Abs. 3 Satz 1 § 139 HGB. verstreichen läßt, ohne den Antrag zu stellen, nicht entgiltig offener Gesellschafter geworden sein. Denn wenn er nach Ablauf der Frist noch die Erbschaft wirksam ausschlagen kann und ausschlägt, so endet mit seiner Stellung als Erbe auch seine Stellung als Gesellschafter. Aber wenn er den Antrag auf Einräumung der Stellung eines Kommanditisten stellen will, würde er in die Notwendigkeit versetzt sein, sich über sein Verbleiben in der Gesellschaft als offener Gesellschafter zu einer Zeit schlüssig zu machen, zu der er noch das Recht der Ausschlagung hat. Es würde, da, wie oben bemerkt, in der Stellung des Antrags, Kommanditist zu werden, eine Handlung zu erblicken ist, die als Erbschaftsannahme zu gelten hat, wenn er den Antrag innerhalb der dreimonatigen Frist stellen müßte, ein indirekter Zwang zur Annahme der Erbschaft auf ihn ausgeübt werden, der mit dem Rechte der Ausschlagung innerhalb der noch nicht abgelaufenen Ausschlagungsfrist unvereinbar wäre.

Auf den Lauf der dreimonatigen Frist des Abs. 3 Satz 1 des § 139 HGB. finden nach Satz 2 die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 BGB. Anwendung. Ist demnach der Erbe zur Zeit des Erbanfalles geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und hat er zu dieser Zeit keinen gesetzlichen Vertreter, so endigt die Frist des § 139 Abs. 3 Satz 1 nicht vor dem Ablauf von 3 Monaten, nachdem der Erbe unbeschränkt geschäftsfähig geworden oder ihm ein gesetzlicher Vertreter bestellt worden ist. Daß hier nicht die in Satz 1 § 206 BGB. bestimmte Frist von sechs Monaten in Betracht kommen kann, ergibt sich aus dem Satz 2 desselben §, wonach, wenn die Verjährungsfrist kürzer als 6 Monate ist, der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate tritt. Es muß hiernach an die Stelle der sechsmonatigen Frist des § 206 Satz 1 BGB. die dreimonatige Frist des Abs. 3 Satz 1 § 139 HGB. treten. Aus der Anwendung des § 206 BGB. ergibt sich ferner, daß, wenn der Erbe nach Erlangen der Stellung

eines offenen Gesellschafters geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt worden ist und zu diesem Zeitpunkt ohne gesetzlichen Vertreter ist, der bis zu diesem Zeitpunkte bereits abgelaufene Teil der dreimonatigen Frist nicht zu berücksichtigen ist. Vielmehr beginnt, da nach § 206 BGB. die Frist des § 139 Abs. 3 Satz 1 HGB. nicht vor dem Zeitpunkte endigt, in dem der Erbe unbeschränkt geschäftsfähig wird oder ihm ein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, von dem Zeitpunkte der Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit oder der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters eine neue dreimonatige Frist zu laufen.

Ist der Antrag nicht den sämtlichen Gesellschaftern innerhalb der im Absatz 3 § 139 HGB. vorgeschriebenen Frist rechtzeitig zugegangen, so fehlt es an der Voraussetzung, unter der der Antrag wirksam ist. Die Rechtslage ist nunmehr so, wie wenn der Erbe überhaupt keinen Antrag gestellt hätte. Er verbleibt also entgiltig als offener Gesellschafter in der Gesellschaft.

Der Antrag ist dagegen wirksam, wenn er den sämtlichen Gesellschaftern rechtzeitig zugegangen ist; sie können ihn annehmen oder ablehnen. Obwohl der Antrag des Erben, wie oben bemerkt, jedem einzelnen Gesellschafter zugegangen sein muß, kann doch nicht jeder Gesellschafter einzeln dem Erben gegenüber über Annahme oder Ablehnung des Antrages schlüssig werden. Wollte man dies annehmen, so würde bei widersprechenden Entschließungen der einzelnen Gesellschafter dem Erben gegenüber überhaupt niemals eine Annahme des Antrags erfolgen können, weil jede Erklärung des einen durch die des anderen aufgehoben würde Vielmehr ergibt sich daraus, daß es sich bei Annahme des Antrags um Neubegründung eines Gesellschaftsverhältnisses handelt, wie ebenfalls schon hervorgehoben ist, daß ein Beschluß der sämtlichen Gesellschafter erforderlich ist, der nach § 119 Abs. 1 HGB. grundsätzlich der Zustimmung der sämtlichen Gesellschafter bedarf.[1]) Nur wenn im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein sollte, daß die Mehrheit der Stimmen für die Annahme oder Ablehnung des Antrages maßgebend sein soll, würde die Mehrzahl der Stimmen entscheiden, wobei diese nach § 119 Abs. 2 HGB. im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter, nicht nach dem Kapital- oder Gewinnanteil zu berechnen ist. Die Annahme des Antrages kann, wenn er unter Anwesenden gestellt ist, nach § 147 Abs. 1 BGB. nur

1) Staub S. 581 § 139 Anm. 9.

sofort erfolgen. Das kann, wenn man die eben hervorgehobene Notwendigkeit eines Beschlusses der sämtlichen Gesellschafter berücksichtigt, nicht die Bedeutung haben, daß jeder Gesellschafter, dem gegenüber als Anwesenden der Antrag gestellt ist, über die Annahme des Antrags sich sofort entschließen müßte. Vielmehr kann das sofort nur den Sinn haben, daß die Gesellschaft innerhalb einer angemessenen Frist über die Annahme des Antrags zu beschließen hat.[1])

Ist der Antrag unter Abwesenden gestellt, die dem Erben nach Person und Aufenthaltsort bekannt sind, so kann er nach § 147 Abs. 2 BGB. nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in dem der Erbe den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Diese hier in Betracht kommenden Umstände bedingen aber wiederum, daß erst nach Ablauf einer gewissen angemessenen Frist, innerhalb derer die Gesellschafter sich verständigen und einen Beschluß über die Annahme fassen können, eine Antwort auf den Antrag zu erwarten ist.

Ist der Antrag unter Abwesenden mittels gerichtlicher Zustellung nach Maßgabe des § 132 Abs. 2 BGB. unter den dort bezeichneten Voraussetzungen gestellt, so liegt es, weil unter regelmäßigen Umständen eine Antwort auf einen Antrag nur zu erwarten ist, wenn der Adressat von dem Antrage Kenntnis erhalten hat, nahe, anzunehmen, daß der Erbe die Antwort auf seinen Antrag nicht eher erwarten kann, als bis die unbekannten Abwesenden von der gerichtlichen Zustellung tatsächlich Kenntnis erhalten haben. Aus dieser Annahme würde sich jedoch die Folgerung ergeben, daß der Antrag unter Umständen in infinitum sich in der Schwebe befinden würde und das Recht des Erben aus § 139 HGB. illusorisch werden müßte. Jedoch gilt nach § 132 Abs. 1 BGB. in Verbindung mit Abs. 2 daselbst der Antrag des Erben den unbekannten Abwesenden gegenüber mit der Bewirkung der öffentlichen Zustellung als zugegangen. Es kommt also nicht darauf an, daß diese Gesellschafter tatsächlich von ihm Kenntnis erhalten. Deshalb ist anzunehmen, daß unter regelmäßigen Umständen eine Antwort auf den Antrag, dessen Kenntnisnahme durch die unbekannten abwesenden Gesellschafter infolge der Zustellung fingiert wird, zu erwarten ist, sobald eine von der Bewirkung der Zustellung an beginnende, angemessene und zur Verständigung und Beschlußfassung

1) Staub S. 581 § 139 Anm. 9.
Eames S. 44.
Görner S. 36.

über den Antrag ausreichende Frist abgelaufen ist. Tatsächlich wird, wenn die unbekannten Abwesenden keine Kenntnis von der öffentlichen Zustellung erhalten und ihnen der Antrag auch durch die übrigen Gesellschafter nicht zugänglich wird, eine Beschlußfassung über die Annahme des Antrags nicht stattfinden und damit eine Antwort dem Erben nicht rechtzeitig zugehen können. Dann ist der Antrag, weil er nicht rechtzeitig angenommen worden ist, abgelehnt.

Die Annahme des Antrages bedarf, wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, zu ihrer Wirksamkeit der Erklärung der Gesellschafter und des Zugehens der Erklärung dem Erben gegenüber. Denn auch die Annahmeerklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne der §§ 130 ff. BGB. Nach § 151 BGB. kommt allerdings ein Vertrag durch die Annahme allein, ohne daß diese dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, zu stande, wenn nach der Verkehrssitte eine Antwort nicht zu erwarten oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Eine Verkehrssitte, daß auf den Antrag des Erben eine Antwort der Gesellschafter nicht zu erwarten ist, wird kaum angenommen werden können. Denkbar aber ist, daß der Erbe auf die Annahmeerklärung verzichtet. Ist dies der Fall, so bedeutet das Schweigen der übrigen Gesellschafter auf den Antrag aber nicht ohne weiteres dessen Annahme. Dies kann nur dann zutreffen, wenn die übrigen Gesellschafter die Annahme tatsächlich beschlossen haben. Denn auch nach § 151 BGB. bedarf es zum Zustandekommen des Vertrages der Annahme des Antrages. Das Schweigen auf den Antrag kann demnach, nämlich wenn kein Beschluß der Gesellschafter über die Annahme vorliegt, in Verbindung mit dem Mangel einer Annahmeerklärung auch den Sinn der Ablehnung des Antrages haben. Da, falls der Antrag nicht angenommen wird, bei Verzicht auf die Annahmeerklärung der Adressat zur Erklärung der Ablehnung nicht verpflichtet ist, besteht die Möglichkeit, daß der Erbe im Falle des Verzichts auf die Annahmeerklärung und beim Schweigen der Gesellschafter auf seinen Antrag im Ungewissen ist, ob dieser angenommen ist oder nicht. Deshalb wird der Verzicht des Erben auf die Annahmeerklärung kaum vorkommen.

Die Annahmeerklärung der übrigen Gesellschafter und, wo diese nicht erforderlich sein sollte, die Annahme ist nicht, wie der Antrag des Erben an die im § 139 HGB. vorgesehenen Fristen, gebunden Es ist also unerheblich, wenn diese bei Annahme und Annahme-

erklärung bereits abgelaufen sind, sofern nur innerhalb der Fristen des § 139 Abs. 3 HGB. der Antrag des Erben den übrigen Gesellschaftern zugegangen ist.[1])

Nehmen die Gesellschafter den Antrag nach Maßgabe der vorstehenden Erörterungen rechtzeitig an, so ist damit der Vertrag, der das Ausscheiden des Erben aus der Stellung eines offenen Gesellschafters und die Einräumung der Stellung eines Kommanditisten zum Gegenstande hat, zu stande gekommen. Die Wirkung dieses Vertrages ist im folgenden Paragraphen zu erörtern.

Lehnen die übrigen Gesellschafter den Antrag des Erben ab, sei es, daß sie die Ablehnung ausdrücklich erklären, sei es, daß sie nicht rechtzeitig den Antrag annehmen oder die Annahme erklären, so hat es bei dem Verbleiben des Erben in der Gesellschaft als offener Gesellschafter vorläufig sein Bewenden. Ipso jure scheidet der Erbe bei Ablehnung seines Antrages aus der Gesellschaft, wie schon mehrfach hervorgehoben, nicht aus. Er hat jedoch das Recht, nunmehr nach § 139 Abs. 2 HGB. ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären. Auch diese Erklärung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.

Fraglich ist, wem sie, um wirksam zu sein, zugehen muß, den sämtlichen Gesellschaftern einzeln oder der Gesellschaft als solcher. Der die erstere Alternative vertretenden Ansicht[2]) ist m. E. nicht beizutreten. Die Gründe, die dafür sprechen, daß der Antrag des Erben, Kommanditist zu werden, den sämtlichen übrigen Gesellschaftern zugehen muß, schlagen hier nicht durch. Zunächst enthält der Wortlaut des § 139 keinen Anhalt für die gegenteilige Ansicht. Es handelt sich ferner bei der Erklärung des Ausscheidens des Erben um eine Willenserklärung, deren Wirkung mit der Abgabe, mit dem Zugehen ohne Mitwirkung der übrigen Gesellschafter oder der Geschäftsführer eintritt. Deshalb ist nicht einzusehen, weshalb die Erklärung den sämtlichen Gesellschaftern einzeln zugehen müßte. Die Rechtslage ist nicht anders als in dem Falle, daß unter den Voraussetzungen des § 138 HGB. ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet. Wie hier der Gesellschafter, der das Recht des Ausscheidens geltend macht, die Klage auf Feststellung dieses Rechts nicht gegen die Gesellschafter

1) Eames S. 44.
2) Staub S. 581 § 139 Anm. 10.
Eames S. 45.
Görner S. 38.

einzeln, sondern gegen die Gesellschaft zu richten hat[1]), so würde auch hier der Erbe die gleiche Klage gegen die Gesellschaft zu richten haben. Daraus folgt, daß er auch die Erklärung des Ausscheidens im Falle des § 139 Abs. 2 HGB. der Gesellschaft gegenüber abzugeben hat.

Dann aber fragt es sich, ob es genügt, wenn die Erklärung nach § 125 Abs. 2 HGB. einem, der zur Mitwirkung bei der Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter oder nach § 116 Abs. 1 HGB. den zur Geschäftsführung berufenen Gesellschaftern gegenüber abzugeben ist. Wenn man erwägt, daß die Empfangnahme der Erklärung des Ausscheidens keine Geschäftsführung, kein Handeln des Geschäftsführers erfordert, so muß m. E., wenn auch die Ausscheidenserklärung des Erben nicht von einem außerhalb der Gesellschaft stehenden dritten, wie es § 125 Abs. 2 voraussetzt, sondern von einem Gesellschafter abgegeben wird, doch die Vorschrift des § 116 HGB. außer Anwendung bleiben. Vielmehr muß § 125 Abs. 2 HGB. analog angewendet werden. Es muß also m. E. genügen, wenn der Erbe sein Ausscheiden einem der zur Mitwirkung bei der Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter erklärt.

Was die Frage anbetrifft, in welcher Weise die Erklärung einem der Gesellschafter zugehen muß, gilt dasselbe, was oben hinsichtlich des Zugehens des Antrags des Erben auf Einräumung der Stellung eines Kommanditisten gesagt ist. Da es sich bei dieser Erklärung nicht um einen Vertragsantrag handelt, so können naturgemäß die für einen solchen sich aus § 145 BGB. ergebenden Folgen nicht in Betracht kommen. Es gelten vielmehr lediglich die Vorschriften der §§ 130 ff. BGB.

Auch die Erklärung des Ausscheidens hat der Erbe, damit sie wirksam sein soll, innerhalb der in § 139 Abs. 3 Satz 1 vorgeschriebenen dreimonatigen Frist abzugeben, wie sich aus dem Wortlaute „die bezeichneten Rechte können von dem Erben nur innerhalb einer Frist von drei Monaten geltend gemacht werden" ergibt. Es läuft demnach nicht etwa von der Ablehnung des Antrags eine neue dreimonatige Frist, vielmehr muß beides, der Antrag und im Falle seiner Ablehnung die Erklärung des Ausscheidens innerhalb der dreimonatigen Frist zugegangen sein.

Die Frist für die Geltendmachung beider Rechte ist eine ein-

1) E. R. G. 21. S. 93.

heitliche; da fragt es sich, ob, was aus dem Wortlaute des Satzes 2 und 3 Abs. 3 § 139 HGB. sich zu ergeben scheint, auf die Frist auch, soweit die Erklärung des Ausscheidens in Betracht kommt, die Vorschriften des Satzes 2 und 3 Anwendung zu finden haben. M. E. ist zwischen der Anwendung des Satzes 2 und 3 zu unterscheiden: Die letztere Vorschrift kann überhaupt nicht in Betracht kommen, wenn der Erbe, trotz der Möglichkeit, den Antrag auf Einräumung der Stellung eines Kommanditisten innerhalb der Frist des Satzes 3 zu stellen, ihn tatsächlich innerhalb der Frist des Satzes 1 gestellt hat. Denn in der Stellung dieses Antrages, dessen Ablehnung die Erklärung des Ausscheidens bedingt, ist die Annahme der Erbschaft zu finden. Damit aber entfällt die Voraussetzung des Satzes 3; denn die hier vorgesehene Verlängerung der dreimonatigen Frist ist daran gebunden, daß der Erbe das Recht der Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren hat. Wohl aber ist die Anwendung des Satzes 2 Abs 3 § 139 HGB. gegeben. Ist hiernach der Erbe, nachdem sein fristgemäß gestellter Antrag auf Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abgelehnt worden ist, geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt worden und hat er keinen gesetzlichen Vertreter, so beginnt in sinngemäßer Anwendung des § 206 BGB. von dem Zeitpunkt an, in dem er seine volle Geschäftsfähigkeit wieder erlangt oder in dem ihm ein gesetzlicher Vertreter bestellt worden ist, eine neue dreimonatige Frist, innerhalb deren er das Ausscheiden erklären kann.

Da beides, der Antrag auf Einräumung der Stellung eines Kommanditisten und im Falle der Ablehnung, die Erklärung des Ausscheidens innerhalb der einheitlichen, regelmäßigen, dreimonatigen Frist, um wirksam zu sein, abgegeben sein muß, so ergibt sich für den Erben die Notwendigkeit, den ersteren Antrag so frühzeitig zu stellen, daß ihm im Falle der Ablehnung noch genügend Frist bleibt, sein Ausscheiden zu erklären. Dabei wirft sich die Frage auf, ob er die Erklärung des Ausscheidens mit dem ersteren Antrage in der Weise verbinden kann, daß das Ausscheiden für den Fall der Ablehnung desselben erklärt sein soll. Die diese Frage bejahende Ansicht ist m. E. zu billigen.[1]) Das Recht, das Ausscheiden zu erklären, ist ein Recht des rechtlichen Könnens[2]), ein Recht, das dem Erben die Macht gibt,

1) Sames S. 45. Anscheinend auch Staub S. 581 § 139 Anm. 11.
2) Seckel in der Festgabe für Koch 1903 S. 205 ff.
Zitelmann, internationales Privatrecht Bd. II. S. 32 ff.
Biermann, Bürgerliches Recht Bd. 1 S. 105 ff.
Oertmann, allg. Teil d. BGB. S. 595.
Staudinger 1 S. 629.

ohne einen Anspruch auf ein fremdes Tun oder Lassen zu gewähren, ein eigenes oder fremdes Rechtsverhältnis zu gestalten, nämlich seine Stellung in der Gesellschaft als offener Gesellschafter zu beenden und damit zugleich eine Änderung in dem bisher zwischen ihm und den übrigen Gesellschaftern bestehenden Gesellschaftsverhältnis herbeizuführen. Das BGB. enthält nicht die ausdrückliche Bestimmung, daß allgemein den Rechtsgeschäften des rechtlichen Könnens eine Bedingung nicht hinzugefügt werden darf. Und wenn es auch einzelne Rechtsgeschäfte dieser Art, insbesondere die Aufrechnung im § 388 BGB. für bedingungsfeindlich erklärt, so läßt sich hieraus kein allgemeines Prinzip herleiten, vielmehr sind jene Fälle als Ausnahme von der Regel, daß grundsätzlich alle Rechtsgeschäfte Bedingungen zulassen, anzusehen. Es besteht auch kein innerer Grund die unter der Bedingung der Ablehnung seines Antrags erfolgte Erklärung des Erben auszuscheiden, als unzulässig zu erklären. Allerdings ist damit der Erbe im Falle der Ablehnung seines Antrags gebunden, aber dies liegt in seiner freien Entschließung.

Die Wirkung der rechtzeitig abgegebenen Erklärung des Ausscheidens ist unten zu erörtern.

Macht der Erbe von dem Rechte, sein Ausscheiden zu erklären, keinen Gebrauch, indem er die Frist des § 139 Abs. 3 HGB. verstreichen läßt, ohne jene Erklärung abzugeben, so hat es ebenfalls bei seinem Verbleiben als offener Gesellschafter in der Gesellschaft sein Bewenden. Selbstverständlich ist, daß der Erbe diesen Erfolg auch dadurch herbeiführen kann, daß er vor Ablauf der Frist den Gesellschaftern sein Verbleiben in der Gesellschaft oder den Verzicht auf das Recht des Ausscheidens erklärt.

Bei der vorstehenden Erörterung ist von der Ausübung der dem Erben zustehenden Rechte durch einen Einzelerben ausgegangen. Diese kann in Frage stehen, wenn im Gesellschaftsvertrage entweder die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem bestimmt bezeichneten Alleinerben von mehreren Miterben oder ohne Personenbezeichnung mit dem oder den Erben vereinbart ist, aber nur eine Person zur Erbschaft berufen ist. Es ist aber auch möglich, daß die Fortsetzung mit mehreren einzelnen bestimmt bezeichneten oder den sämtlichen Miterben im Gesellschaftsvertrage vereinbart worden ist. In diesem Falle wurde für das Recht des alten HGB. die Ansicht vertreten, daß die mehreren Erben den übrigen Gesellschaftern als eine Einheit gegen-

überständen, auf die die Rechte und Pflichten des Verstorbenen zwar übergegangen seien, diese aber nicht von den Einzelnen, sondern nur durch einen Gesamtwillen, d. h. wie bei einer juristischen Person als Gesellschafterin durch einen Repräsentanten ausgeübt werden könnten.[1]) Das Reichsgericht hat diese Annahme bereits für das frühere Recht zurückgewiesen, weil sie auf der Anwendung erbrechtlicher Grundsätze auf einen Fall beruhe, für den sie nicht gegeben seien.[2])

Von der Auffassung des Reichsgerichts geht auch das neue Handelsrecht aus, in dem es in § 139 Abs. 1 HGB. jedem Erben die dort bezeichneten Rechte gewährt. Hiernach tritt, wenn die Fortsetzung mit mehreren Miterben vereinbart worden ist, in der fortgesetzten Gesellschaft nicht etwa eine Repräsentation des verstorbenen Gesellschafters durch die Gesamtheit der Miterben in der Weise ein, daß nur die Gesamtheit der Erben die Mitgliedschaftsrechte, insbesondere die des § 139 HGB. ausüben könnten, andererseits auch die Gesamtheit der Erben auch für die Gesellschaftsschulden haftet und innerhalb der Gesamtheit die Haftung der einzelnen Miterben sich nach dem Verhältnis ihrer Erbteile bemißt. Vielmehr wird jeder Erbe Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft und haftet für die Gesellschaftsschulden als offener Gesellschafter nach Maßgabe des § 128 HGB. unbeschränkt und persönlich. Nur von dieser Auffassung aus ist die Bestimmung des § 139 Abs. 1 HGB., die jedem Erben die dort bezeichneten Rechte gewährt, erklärlich und verständlich; es hat demnach auch jeder Miterbe unabhängig von dem Verhalten der übrigen Miterben selbständig die Befugnis, die Rechte aus § 139 HGB. geltend zu machen. Diese Ansicht überwiegt auch in der Literatur.[3])

Nur Staub setzt sich hiermit in Widerspruch, indem er bemerkt, daß angesichts der Bestimmungen der §§ 2032, 2033 Abs. 2, 2240 BGB., nach denen der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben wird und der einzelne über seinen Anteil an den Nachlaßgegenständen

1) Puchelt S. 204.
2) ERG. 16 S. 58.
Viezens in Goldschm. Zeitschr. Bd. 35. S. 143.
3) Goldmann S. 619 § 139 Anm. 13.
Ritter S. 188 § 139 Anm. 2.
Brand S. 395 § 139 Anm. 3a.
Makower S. 370 § 139 Anm. III a.
Lehmann-Ring S. 302 § 139 Anm. 8.
Marcus in Holdheimers Monatsschrift 1910 S. 87.
Pinkernelle S. 65, 66.
KGZ. Bd. 26 S. 219.
RJA. Bd. 10 S. 42 ff.

selbständig nicht verfügen darf, eine verschiedene Entschließung der einzelnen Erben nur möglich sei, wenn sie sich bereits auseinandergesetzt hätten, oder wenn der Erblasser die Übernahme des Gesellschaftsanteils durch einen Erben in seinem Testament angeordnet habe.[1]) Dieser Ansicht steht aber die Vorschrift des § 139 Abs. 1 HGB., wonach jedem Erben ohne Unterschied und Vorbehalt, also auch jedem Miterben vor und nach der Auseinandersetzung die dort bezeichneten Rechte gewährt sind, entgegen. Die erbrechtlichen Bestimmungen der §§ 2032, 2033 Abs. 2, 2040 BGB. müssen also insoweit durch die handelsrechtliche Vorschrift des § 139 HGB. als beseitigt gelten.[2]) Die Annahme Sames's (S. 50), daß diese Beseitigung im Gesetz keinen Ausdruck gefunden habe, ist angesichts des Wortlautes „jeder Erbe" nicht richtig.

Da jeder Erbe ein selbständiges, von dem der übrigen Erben unabhängiges Wahlrecht hat, kann es vorkommen, daß ein Miterbe in der Gesellschaft von vornherein als offener Gesellschafter verbleibt, andere aber den Antrag auf Einräumung der Stellung eines Kommanditisten stellen. Und da weiter die übrigen Gesellschafter das Recht haben, auf einen solchen Antrag jedes Miterben eine selbständige Entschließung zu fassen, so können sie den Antrag des einen Miterben annehmen, den des anderen ablehnen. Der Miterbe, dessen Antrag abgelehnt wird, kann dann sein Ausscheiden erklären. Es ist also möglich, daß von mehreren Miterben der eine offener Gesellschafter bleibt, der andere Kommanditist wird, und ein dritter ausscheidet.[3])

b) Die Wirkung der Ausübung des Wahlrechts.

§ 7.

α) Der Erbe verbleibt als offener Gesellschafter in der Gesellschaft.

Hat der Erbe oder Miterbe den übrigen Gesellschaftern vor dem Ablaufe der in § 139 Abs. 3 HGB. bezeichneten Fristen erklärt, daß er offener Gesellschafter bleiben will, oder hat er diese Fristen verstreichen lassen, ohne den Antrag auf Einräumung der Stellung eines Kommanditisten zu stellen oder hat er endlich im Falle der Stellung

1) Staub S. 580, 581 § 139 Anm. 7, im Anschluß an ihn Görner S. 30 und Sames S. 47 ff.
2) Pinkernelle S. 66.
3) Goldmann S. 619 § 139 Anm. 13.

dieses Antrages und seiner Ablehnung sein Ausscheiden aus der Gesellschaft innerhalb der bezeichneten Fristen nicht erklärt, so verbleibt er entgiltig als offener Gesellschafter in der Gesellschaft. Sames meint, daß unter den oben bezeichneten Voraussetzungen seine gesellschaftlichen Beziehungen zu den übrigen Mitgliedern auf einem neu abgeschlossenen Gesellschaftsvertrage[1]) beruhten.

M. E. ist diese Ansicht nicht richtig. Vom Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages kann in keinem der Fälle, in denen der Erbe offener Gesellschafter wird, die Rede sein. Denn erklärt der Erbe vor Ablauf der Frist des Abs. 3 § 139 HGB sein Verbleiben als offener Gesellschafter, so erklärt er damit den Verzicht auf die ihm nach § 139 HGB. zustehenden Rechte. An seiner Stellung, die ihm kraft gesetzlicher Vorschrift auf Grund der Vereinbarung des Gesellschaftsvertrages zukommt, wird also garnichts geändert. Wollte man einen Vertrag annehmen, der auf Grund der Verbleibens-Erklärung zustande kommt, so müßten die übrigen Gesellschafter den in dieser Erklärung liegenden Vertragsantrag ablehnen können. Diese Möglichkeit aber haben sie gerade nicht; sie müssen vielmehr auf Grund der Vereinbarung des Gesellschaftsvertrages das Verbleiben des Erben dulden. Auch die Meinung, daß in dieser Vereinbarung bereits die Erklärung der übrigen Gesellschafter enthalten sei, einen Antrag des Erben, in der Gesellschaft als offener Gesellschafter zu bleiben, anzunehmen, eine Erklärung, die für den Fall, daß der Erbe sein Verbleiben erklärt, diesem gegenüber als abgegeben zu gelten hätte, ist nicht haltbar. Denn die Vereinbarung ist bereits zwischen den übrigen Gesellschaftern und dem Erblasser wirksam zustande gekommen. Ebensowenig kann daraus, daß der Erbe die Frist des § 139 HGB. verstreichen läßt, ohne die ihm gewährten Rechte geltend zu machen, der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages gefunden werden, auf Grund dessen der Erbe in die Gesellschaft als offener Gesellschafter erst eintritt. Vielmehr ist er bereits ipso jure mit dem Erbfall offener Gesellschafter geworden; er ist es geblieben, weil er von den Rechten des § 139 keinen Gebrauch gemacht hat. Hiernach beruht auch das Verbleiben des Erben als offener Gesellschafter in der Gesellschaft lediglich auf gesetzlicher Vorschrift

In der Stellung des Erben, die er mit dem Erbfall eingenommen hat, wird also, falls er offener Gesellschafter bleibt, nichts geändert.

1) Sames S. 52.

Was in § 5 hinsichtlich der ununterbrochenen Fortsetzung der Gesellschaft beim Eintritte des Erbfalls gesagt ist, muß auch hier gelten. Er haftet also für die zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Gesellschaftsschulden den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt und solidarisch, einerlei ob er sie gekannt hat oder nicht, und einerlei ob er etwa mit den übrigen Gesellschaftern vereinbart hat, daß seine Haftung nur für bestimmte Gesellschaftsschulden eintreten solle.[1]) Aus seiner Stellung als offener Gesellschafter folgt weiter, daß er auch für die zukünftigen Gesellschaftsschulden unbeschränkt und solidarisch haftet. Sind mehrere Erben vorhanden und sind diese in der Gesellschaft verblieben, so haftet nach dem in § 6 Gesagten jeder für sich für die bereits vorhandenen und zukünftigen Gesellschaftsschulden unbeschränkt und solidarisch. Die Berufung auf die den Erben nach Erbrecht zustehende Befugnis, die beschränkte Erbenhaftung geltend zu machen, ist in jedem Falle ausgeschlossen, weil nach der Auffassung des Gesetzes der Eintritt in eine offene Handelsgesellschaft und die sich nach § 128 HGB. hieran knüpfende unbeschränkte Haftung die erbrechtlichen Vorschriften insoweit ausschließt.

Da der Erbe innerhalb der Gesellschaft lediglich an die Stelle seines Erblassers getreten ist, so hat er der Gesellschaft gegenüber dieselben Rechte und Pflichten, wie sein Erblasser. Hat dieser seine Einlageverpflichtung erfüllt, so kann den Erben nicht die Pflicht treffen, seinerseits noch eine Einlage zu leisten. Ist dagegen der Erblasser mit der Verpflichtung, die Einlage zu leisten, im Rückstande geblieben, so hat der Erbe an seiner Stelle diese zu erfüllen.[2]) Fraglich ist dabei, ob er insoweit der Gesellschaft gegenüber die ihm zustehende beschränkte Erbenhaftung geltend machen kann, wie es Sames S. 52 ohne nähere Begründung bejaht. M. E. ist dies anzunehmen. Denn das Handelsrecht schließt insoweit, im Gegensatz zu der Schuldenhaftung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, die Bestimmungen des Erbrechtes nicht aus. Ebenso, wie im Falle der Vereinbarung der Fortsetzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts beim Tode eines der Gesellschafter mit dessen Erben dieser, wenn sein Erblasser die gesellschaftlichen Beiträge nicht geleistet hat, sich dem Verlangen auf Nachleistung gegenüber auf die beschränkte Erbenhaftung berufen kann,

1) ERG. 15 S. 54.
Busch Archiv 8 S. 177.
Goldschmidt Zeitschr. f. H. R. Bd. 15 S. 227.
Seuffert Archiv 35 S. 229.
2) Lehmann-Ring S. 303 § 139 Nr. 10.

muß dies der Erbe auch in dem hier in Frage stehenden Falle tun können. (§ 105 Abs. 2 HGB.) Sind mehrere Miterben vorhanden, so hat jeder zur Erfüllung der rückständigen Einlageverpflichtung nach dem Verhältnis seines Erbteils ebenfalls unter Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung beizutragen. Kann mit Rücksicht auf die den oder dem Erben zustehende beschränkte Erbenhaftung die Einlage nicht oder nicht vollständig erfüllt werden, so wird allerdings ein „wichtiger" Grund vorliegen, der den übrigen Gesellschaftern das Recht gibt, nach § 133 HGB. die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.

Daraus, daß der Erbe die Stellung seines Erblassers als offener Gesellschafter fortsetzt, ergibt sich, daß er auch, wie sein Erblasser an Gewinn und Verlust teilnimmt Wenn mehrere Miterben als offene Gesellschafter in der Gesellschaft verbleiben, wird wohl in der Mehrzahl der Fälle bereits der Gesellschaftsvertrag die Gewinn- und Verlustbeteiligung der mehreren Miterben vorsehen. Beim Mangel einer solchen Vereinbarung wird m. E., da, wie oben dargelegt, eine Repräsentation der mehreren Erben nicht stattfindet, hinsichtlich der Berechnung des jedem Gesellschafter von dem Jahresgewinn gebührenden Anteils noch Abs. 1 § 121 HGB. davon auszugehen sein, daß der bei dem Tode des Erblassers vorhandene Kapitalanteil nach dem Verhältnisse der Erbteile der Miterben auf diese zu verteilen ist. Jedem Miterben gebührt von der ihm zugeteilten Quote des Kapitalsanteils der Anteil von dem Jahresgewinn in Höhe von 4 %, sodaß sie zusammen nicht mehr verlangen können, als der Erblasser, wenn er noch lebte, als Gewinnanteil zu beanspruchen gehabt hätte.[1]) Derjenige Teil des Jahresgewinnes, der die nach § 121 HGB. zu berechnenden Gewinnanteile übersteigt, ist auf die überlebenden Gesellschafter und die Miterben nach Köpfen zu verteilen. (§ 121 Abs. 3 HGB.) Das erscheint auf den ersten Blick auffällig, zumal in dem Falle, daß nur ein überlebender Gesellschafter und eine größere Anzahl von Miterben vorhanden sind. Die Gewinnbeteiligung des Überlebenden, die sich vor dem Tode des Erblassers auf die Hälfte des übrigbleibenden Jahresgewinns bezifferte, verringert sich dann nicht unerheblich. Indessen, wenn man daran festhält, daß von den Miterben jeder die Stellung eines offenen Gesellschafters einnimmt, kann nach der Bestimmung des § 121 Abs. 3 HGB. keine andere Verteilung des Gewinns stattfinden. Es darf auch nicht übersehen werden,

1) Lehmann-Ring S. 303 § 139 Nr. 10b.

daß ebenso wie der Gewinn, so auch der Verlust nach Abs. 3 § 121 HGB. auf die überlebenden Gesellschafter und die sämtlichen Miterben nach Kopfteilen zu verteilen ist. Allerdings kann nicht verkannt werden, daß die Absicht des überlebenden Gesellschafters bei der Vereinbarung wohl kaum auf dies Ergebnis gerichtet gewesen sein wird. Er hat sicherlich die Vorstellung gehabt, daß die Rechtslage des Erblassers durch die Gesamtheit der Erben, wenigstens was Gewinn- und Verlustbeteiligung anbetrifft, fortgesetzt werde. Deshalb aber wird in dem Umstande, daß sein Anteil am Gewinn sich erheblich verringert, ein wichtiger Grund zu erblicken sein, der ihn zur sofortigen Kündigung berechtigt.

Daraus, daß der Erbe die Stellung seines Erblassers als offener Gesellschafter in der fortgesetzten Gesellschaft einnimmt, ergibt sich zunächst, daß, wenn der Erblasser von der Geschäftsführungsbefugnis nach dem Inhalte des Gesellschaftsvertrages ausgeschlossen war (§ 114 Abs. 2 HGB.), auch der Erbe oder die mehreren Erben von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. Sie haben nur die Rechte des § 118 HGB.

Ist nach dem Gesellschaftsvertrage keiner der Gesellschafter von der Führung der Geschäfte ausgeschlossen, so steht auch dem oder den Erben die Geschäftsführungsbefugnis zu. Hierüber besteht keine Meinungsverschiedenheit. Bestritten ist dagegen, ob auch in dem Falle dem oder den Erben die Geschäftsführung zusteht, daß nach dem Gesellschaftsvertrage nur einigen Gesellschaftern und darunter auch dem Erblasser oder dem Erblasser allein die Geschäftsführung übertragen war. Nach der einen Ansicht, die von Lehmann-Ring, Staub und Brand vertreten wird, ist dies zu verneinen. Sie nehmen an, daß die übrigen Gesellschafter, denen die Geschäftsführung zustand, nach dem Tode des Erblassers allein hierzu, unter Ausschluß des oder der Erben berufen seien. Falls dem Erblasser allein die Geschäftsführung zustand, nehmen sie an, daß nach dessen Tode keiner der Gesellschafter zur Geschäftsführung berufen und eine Neuregelung derselben durch eine neue Abrede unter den überlebenden Gesellschaftern und Erben erforderlich sei.[1]) Diese Ansicht scheint sich aus dem Gesichtspunkte zu rechtfertigen, daß die Geschäftsführungsbefugnis als ein höchst persönliches Recht anzusehen ist, das mit dem Tode des Erblassers sein

1) Lehmann-Ring S. 303 § 139 Nr. 10a.
Staub S. 582 § 139 Anm. 14.
Brand S. 396 § 139 Anm. 4e. β αα.

Ende erreicht. Es läßt sich ferner anführen, daß die Geschäftsführungsbefugnis auf dem besonderen Vertrauen beruhe, das die übrigen Gesellschafter dem Erblasser entgegengebracht haben und daß dieses Vertrauen sich nicht ohne weiteres auf den Erben übertragen lasse. Indessen kann doch nicht übersehen werden, daß der Erbe in die Stellung seines Erblassers in vollem Umfang eintritt und daß das Gesetz hinsichtlich dieses Umfanges irgendwelche Einschränkungen nicht macht. Es bedarf deshalb auch nicht, wie Staub anzunehmen scheint, einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, die die Nachfolge des Erben in die Stellung des Erblassers als[1]) Geschäftsführungsberechtigten ausspricht. Das Verhältnis nach außen ist durch das Gesetz geregelt, und daher müssen hier die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze des Dritten zur Anwendung kommen, wonach jeder Sozius Vertretungsbefugnis hat, (also auch jeder Erbe) und ein Ausschluß nur dem ersten Dritten bzgl. jedem Dritten nach Eintragung und Bekanntmachung entgegengesetzt werden kann. (HGB. § 15.)

Als eine Folge der Fortsetzung der Stellung des Erblassers durch den Erben ergibt sich endlich, daß auch der Erbe dem Konkurrenzgebot des § 112 HGB. unterliegt.

β) Der Erbe wird Kommanditist.

Hat der Erbe innerhalb der Fristen des § 139 Abs. 3 HGB. den Antrag auf Einräumung der Stellung eines Kommanditisten gestellt und haben die übrigen Gesellschafter diesen Antrag angenommen, so verwandelt sich die bisher bestehende offene Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft. Der Erbe ist nun nicht mehr offener Gesellschafter, sondern Kommanditist. Diese Umwandlung seiner Stellung beruht auf einem neuen, durch Annahme des von dem Erben gestellten Antrages zu stande gekommenen Gesellschaftsvertrage. Die Gesellschaft wird aber in diesem Falle nicht aufgelöst, vielmehr setzt sie sich fort. Nur insoweit tritt eine Änderung ein, als die Gesellschaft nunmehr einen anderen Charakter trägt Die Identität der Gesellschaft bleibt aber vor und nach dem Eintritt des Erben als Kommanditist gewahrt.[2])

1) R. G. in Holdheims Mtsschr. 14 S. 233.
Staub in der 6. und 7. Auflage.
Sames S. 53.
Görner S. 60.
2) Denkschrift S. 112.

Die Annahme, daß von einer Fortsetzung der Gesellschaft deshalb nicht die Rede sein könne, weil es sich tatsächlich nicht mehr um eine offene Handelsgesellschaft, sondern um eine Kommanditgesellschaft handele,[1]) kann angesichts des Wortlautes des § 139 HGB., wonach, wenn die Fortsetzung mit dem Erben vereinbart ist, der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig machen kann, nicht als richtig anerkannt werden. Die herrschende Meinung nimmt denn auch die Identität der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft an.[2]) Aus dem Fortbestehen der Gesellschaft, obwohl der Erbe nunmehr Kommanditist geworden ist, ergibt sich, daß auch hier, ebenso wie in dem Falle, daß der Erbe entgiltig offener Gesellschafter geblieben ist, eine Übertragung der Vermögensstücke der offenen Handelsgesellschaft auf die Kommanditgesellschaft nicht erforderlich ist und daß eine Beschränkung der Haftung der übrigen Gesellschafter nach Maßgabe des § 139 HGB. nicht eintritt.

Was die Stellung des Erben in der Gesellschaft als Kommanditist anbetrifft, so fragt es sich, mit welcher Kommanditeinlage der Erbe Kommanditist wird. Die Vorschrift des § 139 Abs. 1 besagt, daß der Erbe sein Verbleiben davon abhängig machen kann, daß der auf ihn entfallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Unter der Einlage will Staub das Gesellschaftsguthaben, den Kapitalanteil des Erblassers verstehen, indem er eine ungenaue Wortfassung des Gesetzes unter Berufung auf Zusammenhang und Tendenz der Vorschrift annimmt.[3]) Gewiß mag es empfehlenswert erscheinen, daß die Kommanditeinlage dem Aktivkonto des Erlassers entspricht. Die Folge aber wäre, daß, wenn der Erblasser keinen Kapitalanteil zur Zeit seines Todes hat, der Erbe überhaupt nicht Kommanditist werden könnte. Diese Konsequenz zieht denn auch Staub, er meint, daß in solchem Falle der Erbe, wenn er die Erbschaft nicht ausschlagen wolle, entgiltig offener Gesellschafter bleiben müßte.

1) Lastig S. 24.
2) Brand S. 396 § 139 Anm. 4c, a.
Staub S. 583 § 139 Anm. 17.
KGZ. 26 A. S. 220.
Pinkernelle S. 56. 57.
Lehmann-Ring S. 302 § 139 Nr. 7.
Gareis in D. J. Ztg. 1904 S. 587.
ERG. Bd. 55 S. 126.
Görner S. 44.
Sames S 55.
3) Staub 6. bis 7. Aufl. S. 445 § 139 Anm. 3.
Derf. in Gruchot Bd. 42. S. 63.

Die Annahme Staubs kann aber als mit dem Wortlaute des Gesetzes nicht übereinstimmend angesehen werden. Die Einlage, von der im § 139 HGB. die Rede ist, ist begrifflich etwas anderes als der Kapitalanteil, von dem in § 121 HGB. gesprochen wird. „Einlage" sind diejenigen Vermögenswerte, die ein Gesellschafter bei Begründung der Gesellschaft oder später in das Gesellschaftsvermögen zum Zwecke der Förderung des Gesellschaftszweckes einbringt; es handelt sich bei der Einlage um dasselbe, was das BGB. in § 705 unter den Beiträgen der Gesellschafter versteht, die zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes dienen sollen. Der Kapitalsanteil[1]) des Gesellschafters besteht im Zeitpunkte der Eröffnung der Gesellschaft in dem Werte der Einlage. Aber dieser Wert bleibt während der Dauer der Gesellschaft nicht gleichmäßig bestehen. Denn das Kapital ändert sich durch den allgemeinen Geschäftsgang, jede Einnahme in die und Ausgabe aus der gemeinsamen Gesellschaftskasse, jeder Gewinn und Verlust wirkt auf den Stand des Kapitalsanteils. Der Verlust des Kapitalsanteils auf Seiten eines Gesellschafters hat aber nicht zur Folge, daß der Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet. Vielmehr steht nach dem Gesetze das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft den sämtlichen Gesellschaftern zur gesamten Hand zu, einerlei ob auf ihrem Konto ein Aktivsaldo steht, ob es glatt ist oder ein Passivsaldo aufweist. Das Aktivsaldo bedeutet also in dem späteren, nach der Eröffnung der Gesellschaft liegendem Stadium nicht den Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen, sondern ist nur die Ziffer, die den Kapitalbetrag angibt, die der Gesellschafter erhalten würde, wenn die Auseinandersetzung im Zeitpunkte der Saldoberechnung erfolgen würde. Wenn aber hiernach der Begriff der Einlage und der des Kapitalsanteils rechtlich verschieden ist, so wäre es auffällig, wenn das Gesetz gerade hier, wo sich aus jedem der Begriffe verschiedene Konsequenzen ergeben, sich in der Bezeichnung vergriffen habe und anstatt „Kapitalsanteil" zu sagen „Einlage" gesagt hätte. Vielmehr muß man mit Rücksicht auf die Sorgfalt, die ebenso beim HGB. wie beim BGB. auf die Ausdrucksweise verwendet worden ist, zu dem Schlusse kommen, daß das Gesetz mit Absicht die Bezeichnung Einlage und nicht Kapitalsanteil gebraucht hat. Hiernach bemißt sich der Kommanditanteil des Erben nach der Höhe der Einlage im vorstehen-

1) Hinsichtlich des Begriffs „Kapitalsanteil" und der über ihn bestehenden Streitfragen, auf die im einzelnen einzugehen zu weit führen würde, cf. Deichmann „Der Kapitalanteil des offenen Gesellschafters" insbesond. S. 89 ff. und die dort angeführte Literatur.

den Sinne, die sein Erblasser in die Gesellschaft eingebracht hat. Dies ist auch die herrschende Ansicht.[1])

Sind mehrere Miterben vorhanden, die die Stellung von Kommanditisten einnehmen, so beläuft sich der Kommanditanteil eines jeden nach § 139 Abs. 1 HGB. auf den auf ihn entfallenden Teil der Einlage ihres Erblassers. Hierunter ist die Quote des Einlagebetrages zu verstehen, die dem Anteil des Erben an der Gesellschaft entspricht. Die Anerkennung der Kommanditeinlage der Miterben ist nicht davon abhängig, daß die Auseinandersetzung stattgefunden hat. Das ergibt sich aus der oben vertretenen Auffassung, wonach die Ausübung der Rechte aus § 139 HGB. den Miterben auch vor der Auseinandersetzung zusteht. Anders Sames S 60 und 61; er ist der Ansicht, daß die Geltendmachung der Rechte aus § 139 HGB. durch die Miterben die vorherige Auseinandersetzung bedingt.

Die Gewinnbeteiligung des Erben, der Kommanditist geworden ist, ist dieselbe wie die des Erblassers, denn nach § 139 HGB. ist der Antrag des Erben dahin zu stellen, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Kommanditistenstellung eingeräumt wird. Sind mehrere Miterben Kommanditisten geworden, so können sie zusammen nicht im höheren Betrage teilnehmen, als ihrem Erblasser zustand.[2])

Hinsichtlich des Anteils des Kommanditistenerben am Verlust ist es fraglich, ob § 168 Abs. 2 HGB. anzuwenden ist. Er würde danach am Verluste nicht wie ein offener Gesellschafter nach § 121 Abs. 3 HGB. nach einem Kopfteile, sondern nur nach einem den Umständen entsprechenden angemessenen Verhältnis teilnehmen. Wenn man erwägt, daß der Anteil am Gewinn nach § 139 HGB. bestimmt ist, so erscheint es richtiger, § 722 Abs. 2 BGB. anzuwenden. Die Bestimmung des Anteils am Gewinn gilt danach im Zweifel auch für den Verlust.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Frage, in welcher Weise der Kommanditisterbe für die Gesellschaftsschulden haftet. Maßgebend für die Beantwortung ist die Vorschrift des § 139 Abs. 4 HGB.:

1) Staub 9 Aufl. S. 582 § 139 Anm. 15.
Lehmann-Ring S. 303 § 139 Anm. 10b.
Cosack § 110 II. 2.
Goldmann S. 626 § 139 Anm. 16.
Makower S. 370 § 139 Anm. III c.
Sames S. 59, 60.
Görner S. 27.
Pinkernelle S. 57.
2) Lehmann-Ring S. 303 § 139 Anm. Nr. 10b.
Staub S. 583 § 139 Anm. 16.

„Scheidet innerhalb der Frist des Abs. 3 der Erbe aus der Gesellschaft aus, oder wird innerhalb der Frist die Gesellschaft aufgelöst oder dem Erben die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt, so haftet er für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe, der für die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts."

Die Vorschrift macht einen Unterschied zwischen denjenigen Schulden, die bis zur Einräumung der Kommanditistenstellung und denjenigen, die erst später entstanden sind. Für die ersteren, also diejenigen, die beim Erbfall bereits vorhanden waren und diejenigen, die von diesem Zeitpunkt an bis zur Erlangung der Kommanditistenstellung neu begründet worden sind,[1]) haftet der Erbe nach den Vorschriften des bürgerlichen Erbrechts, also beschränkt, wenn er das Recht, die beschränkte Erbenhaftung geltend zu machen, nicht verloren hat, unbeschränkt dann, wenn auch nach bürgerlichem Rechte seine unbeschränkte Erbenhaftung eintritt. Aber diese beschränkte Haftung für die Gesellschaftsschulden ist, wie sich aus dem Wortlaute des § 139 Abs. 4 HGB. ergibt, an die Voraussetzung gebunden, daß dem Erben innerhalb der Frist des Abs. 3 § 139 die Kommanditistenstellung tatsächlich eingeräumt ist, d. h. daß innerhalb der Frist die Annahme seines Antrages stattgefunden hat und ihm erklärt ist.[2]) Es ist oben bereits darauf hingewiesen, daß, wenn der Antrag des Erben innerhalb der Frist des Abs. 3 § 139 HGB. gestellt ist, es mangels einer anderweitigen Bestimmung des § 139 HGB. für die Erlangung der Kommanditistenstellung unwesentlich ist, ob auch die Annahme des Antrags und die Erklärung der Annahme innerhalb der Frist des Abs. 3 liegt, sofern nur Annahme und Annahmeerklärung nach § 146 ff. BGB. rechtzeitig erfolgt sind. Die Vorschrift des Abs. 4 HGB. aber macht hinsichtlich der Haftung des Kommanditistenerben für die bis zur Einräumung der Kommanditistenstellung entstandenen Gesellschaftsschulden den Unterschied, ob auch die Annahme des Kommanditist-Antrags innerhalb der Frist des Abs. 3 oder nachher erfolgte. Nur für den ersteren Fall tritt die beschränkte Haftung nach bürgerlichem Rechte ein, während für den letzteren Fall der Erbe für die bisher entstandenen Gesellschaftsschulden unbeschränkt und solidarisch

1) Geiger in Leipz. Ztg. 1910 S. 122.
2) Makower S. 371 § 139 Anm. IV b.
Brand S. 396 § 139 Anm. 4 c, α.
Staub S. 583 § 139 Anm. 18.

haftet.[1]) Das ergibt sich daraus, daß er bis zur Einräumung der Kommanditistenstellung innerhalb der Gesellschaft die Stellung eines offenen Gesellschafters eingenommen hat. Der Umstand, daß unter der angegebenen Voraussetzung die Haftung nach bürgerlichem Rechte eintritt, wird dem Erben ein Anlaß sein, den Kommanditist-Antrag innerhalb der Frist des Abs. 3 § 139 HGB. so rechtzeitig zu stellen, daß, wenn die übrigen Gesellschafter sich zu dessen Annahme entschließen, die Annahmeerklärung ebenfalls innerhalb der Frist des Abs. 3 § 139 erfolgen kann. Denn die für diesen Fall im Abs. 4 § 139 vorgesehene beschränkte Erbenhaftung beseitigt erst im vollen Umfange die Härten, die sich für den Erben aus der Stellung als offener Gesellschafter und der damit verbundenen unbeschränkten Schuldenhaftung ergeben. Beim Mangel derselben müßte er, obwohl ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird, für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden in jedem Falle solidarisch und unbeschränkt haften.

Fraglich ist, in welcher Weise der Erbe die ihm nach dem Vorstehenden zustehende beschränkte Erbenhaftung geltend machen kann. Staub meint, daß der Erbe als Gesamtschuldner den Gesellschaftsgläubigern neben den übrigen Gesellschaftern für die Gesellschaftsschulden haftet.[2]) Er folgert dies aus § 128 in Verbindung mit § 161 Abs. 2 HGB. Danach wären die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, die ihnen zustehenden Forderungen im vollen Betrage von dem Kommanditisterben zu verlangen, ohne daß dieser den Gläubigern gegenüber die beschränkte Haftung geltend zu machen berechtigt wäre. Denn wenn der Erbe Gesamtschuldner ist, so muß er eben nach § 421 BGB. dem Gläubiger nach dessen Belieben auf das Ganze haften. Erst wenn der Erbe die Forderung im vollen Betrage bezahlt hat, würde er nach § 426 BGB. den Ausgleich nach Maßgabe seiner beschränkten Erbenhaftung verlangen können. Diese Annahme kann m. E. nicht als richtig anerkannt werden, denn der Kommanditisterbe wäre ja dann des Vorteils, den ihm § 139 Abs. 4 gewährt, beraubt. Diese Vorschrift enthält aber kein Wort davon, daß er die beschränkte Haftung nur im Wege des Ausgleichs nach § 426 BGB. geltend

1) Brand S. 396 § 139 Anm. 4c, α.
Staub S. 583 § 139 Anm. 18.
Sames S. 61, 62

2) Staub S. 583 § 139 Anm. 17.
Sames S. 61.
Görner S. 61.

machen könnte. Vielmehr ist der Sinn der Vorschrift der, daß er auch die beschränkte Haftung unmittelbar den Gläubigern entgegenhalten kann. Allerdings können ihn die Gläubiger neben den übrigen Gesellschaftern auf den vollen Betrag ihrer Forderung in Anspruch nehmen. Aber wenn sie dies tun, so müssen sie es sich gefallen lassen, daß der Erbe die beschränkte Erbenhaftung geltend macht, womit seine Haftung als Gesamtschuldner auf den vollen Betrag der Gesellschaftsschulden entfällt.

Durch die Vorschrift des § 139 Abs. 1 wird die Anwendung des § 173 in Verbindung mit 171, 172 HGB. auf den Kommanditisterben ausgeschlossen.[1]) Würde man das Gegenteil annehmen, so würden in dem Falle, daß der Erblasser bereits seine Einlage geleistet hatte, deren Anerkennung der Erbe als Kommanditist verlangen kann, die Gläubiger sich an ihn unmittelbar überhaupt nicht halten können. Eine unmittelbare, möglicherweise beschränkte Haftung des Kommanditisterben den Gesellschaftsgläubigern gegenüber aber soll durch die Spezialvorschrift des § 139 Abs. 4 HGB. für den Fall gewährleistet werden, daß die Stellung des Erben sich aus der eines offenen Gesellschafters in die eines Kommanditisten umwandelt.

Für diejenigen Gesellschaftsschulden, die erst nach Einräumung der Kommanditistenstellung entstanden sind, haftet der Erbe als Kommanditist nach den allgemeinen Regeln der §§ 171, 172, 176 HGB.[2])

Er haftet hiernach den Gläubigern persönlich und unmittelbar bis zur Höhe der Kommanditeinlage, sofern diese vom Erblasser oder ihm selbst noch nicht geleistet worden ist. Ist dies der Fall, so ist seine Haftung ausgeschlossen. Um der ihn nach § 176 HGB. treffenden Haftung auf den vollen Betrag der Gesellschaftsschulden zu entgehen, wird es Sache des Kommanditisterben sein, für seine Eintragung als Kommanditist bei dem zuständigen Amtsgericht Sorge zu tragen. Solange diese nicht erfolgt ist, wird er als Kommanditist vom Gesetze nicht angesehen und kann sich auf die beschränkte Haftung nicht be-

1) Goldmann S. 624 § 139 Anm. 35.
Makower S. 371 § 139 Anm. IV b.
Lehmann-Ring S. 303 § 139 Anm. 7.
Staub S. 582 § 139 Anm. 17.
Görner S. 45.

2) Denkschrift S 100.
Goldmann S. 624 § 139 Anm. 30.
Lehmann-Ring S. 302 § 139 Anm. 7.
Brand S. 396 § 139 Anm. 4c, α.
Staub S. 583 § 139 Anm. 17.
Sames S. 63.
Görner S. 45, 46.

rufen. Vielmehr haftet er für die in der Zeit von der Einräumung der Kommanditistenstellung an bis zu seiner Eintragung als Kommanditist entstandenen Gesellschaftsschulden ebenso wie ein offener Gesellschafter solidarisch und unbeschränkt als Gesamtschuldner, es sei denn, daß den Gläubigern seine Beteiligung als Kommanditist bekannt war.[1])

Hinsichtlich der Stellung des Kommanditisterben in der Gesellschaft gelten die Vorschriften des § 164—170 HGB. Er ist also von der Geschäftsführung ausgeschlossen, selbst wenn diese seinem Erblasser zugestanden haben sollte und kann grundsätzlich einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht widersprechen (§ 164 HGB.). Er hat nicht die Rechte aus § 118 HGB. vielmehr nach § 166 HGB. nur die Befugnis, die abschriftliche Mitteilung der Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Es gilt für ihn kein Konkurrenzverbot (§ 165 HGB.). Zur Vertretung der Gesellschaft ist er nicht berechtigt. (§ 170 HGB.)

γ. Der Erbe scheidet aus der Gesellschaft aus.

Der Erbe ist, wie oben dargelegt, berechtigt, in dem Falle, daß die übrigen Gesellschafter seinen Antrag auf Einräumung der Kommanditistenstellung ablehnen — und zwar ausdrücklich, oder dadurch, daß sie innerhalb der oben erörterten gesetzlichen Frist sich über die Annahme nicht erklärt haben — sein Ausscheiden ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist als Gesellschafter zu erklären. Die Erklärung des Ausscheidens muß, damit sie wirksam sein soll, innerhalb der Frist des § 139 Abs. 3 HGB. abgegeben werden und der Gesellschaft zugegangen sein.

Ist diese Erklärung rechtzeitig erfolgt, so fragt es sich zunächst, in welcher Weise der Erbe für die Gesellschaftsschulden haftet. Auch hier ist zwischen den bis zu seinem Ausscheiden und den nach diesem Zeitpunkte enstandenen Gesellschaftsschulden zu unterscheiden.

Für die ersteren, also diejenigen, die beim Tode des Erblassers bereits vorhanden waren, und die von diesem Zeitpunkte an bis zu seinem Ausscheiden neu entstanden sind,[2]) haftet er nach § 139 Abs. 4 HGB. nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für Nachlaß-

1) Staub S. 583 § 139 Anm. 17.
Sämes S. 63.
Görner S. 46.
2) Goldmann S. 623 § 139 Anm. 28.
Görner S. 49.

verbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Er haftet also beschränkt, wenn er das Recht der Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung noch nicht verloren hat. Die beschränkte Haftung kann er, ebenso wie in dem Falle, daß er Kommanditist geworden ist, unmittelbar den Gesellschaftsgläubigern gegenüber geltend machen. Die Haftung für die vor seinem Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden, auf welche die Verjährungsvorschrift des § 159 HGB. Anwendung findet, bleibt also trotz seines Ausscheidens aus der Gesellschaft seinen Gläubigern gegenüber nach außen bestehen.[1]) Unter welchen Voraussetzungen er Ersatz für die von ihm bezahlten Schulden von den übrigen Gesellschaftern erlangen kann, ist unten zu erörtern.

Für die nach seinem Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden ist dagegen eine Haftung des Erben nicht begründet; er hat aufgehört Gesellschafter zu sein, und es können auf ihn weder die Haftungsvorschriften des § 128 noch die des § 139 HGB. Anwendung finden. Auch für die Verbindlichkeiten, die die übrigen Gesellschafter nach seinem Ausscheiden eingegangen sind, um ein zur Zeit des Ausscheidens noch schwebendes Geschäft zu beenden, ist eine Haftung des ausgeschiedenen Erben nicht begründet.[2]) Aber der Wegfall der Haftung des ausgeschiedenen Erben tritt doch nur ein, sofern sein Ausscheiden aus der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen worden und bekannt gemacht worden ist — und zwar selbst, wenn er als offener Handelsgesellschafter im Register noch nicht eingetragen war — oder wenn dem betreffenden Gläubiger das Ausscheiden des Erben bekannt war. Denn nach § 15 I HGB. kann eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache — und eine solche ist nach § 143 Abs. 2 HGB. das Ausscheiden des Erben — solange sie nicht eingetragen und nicht bekannt gemacht ist, von demjenigen, in dessen Angelegenheit sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war. Hiernach haftet der Erbe allen Gläubigern, denen sein Ausscheiden nicht bekannt war, für die nach seinem Ausscheiden eingegangenen Gesellschaftsverbindlichkeiten, wenn sein Ausscheiden nicht eingetragen und bekannt gemacht war, unbeschränkt und solidarisch als Gesamtschuldner, ohne sich auf die Tat-

1) Staub S. 584 § 139 Anm 19.
Geiger in Leipz. Zeitschr. 1910 S. 121 ff.
Heine das. S. 613.

2) Sames S. 66.

sache seines Ausscheidens berufen zu können. Die beschränkte Haftung des § 139 Abs. 1 HGB. kann er in diesem Falle nicht geltend machen.

Das von dem Erben erklärte Ausscheiden aus der Gesellschaft hat regelmäßig, sofern nicht nur ein Gesellschafter noch übrig bleibt, die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge, vielmehr besteht die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fort; eine Liquidation findet nicht statt, sondern der Geschäftsbetrieb nimmt in der bisherigen Weise seinen Fortgang. Nur zwischen dem ausgeschiedenen Erben und den übrigen Gesellschaftern hat eine Auseinandersetzung stattzufinden. Diese richtet sich nach den Vorschriften der §§ 738—740 BGB. Hiernach wächst der Anteil des ausgeschiedenen Erben am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern an. Diejenigen Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, sind ihm zurückzugeben. Im übrigen hat er lediglich eine Geldzahlung zu verlangen und zwar diejenige Summe, die er bei seiner Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. (§ 138 HGB.) Die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft erfolgt also gemäß § 105 Abs. 2 HGB., wonach die Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf die offene Handelsgesellschaft nur insoweit Anwendung finden, als nicht im 1. Abschnitt des 2. Buches des HGB. etwas anderes vorgeschrieben worden ist, nicht nach den Bestimmungen des §§ 732 bis 735 BGB., sondern nach der für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Spezialvorschrift des § 155 HGB. Gemäß § 738 BGB. § 105 Abs. 2 HGB. ist also nur zu fingieren, daß nach § 155 HGB. eine Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die sämtlichen Gesellschafter stattfindet. Aus dieser Fiktion ergibt sich, daß die Gesellschaftsschulden tatsächlich nicht zu berichtigen sind. (§ 733, 738 BGB. § 155 HGB.); vielmehr ist diese Berichtigung zu unterstellen und der bei Unterstellung der Berichtigung verbleibende Vermögensbestand festzustellen. Es ist ferner eine Schlußbilanz auf die Zeit des Ausscheidens des Erben auszustellen, aus der sich die Kapitalsanteile der sämtlichen Gesellschafter ergeben. Derjenige Teil des nach der unterstellten Berichtigung der Gesellschaftsschulden verbleibenden Gesellschaftsvermögens, der dem Verhältnis des Kapitalsanteils des ausgeschiedenen Erben zu dem der übrigen Gesellschafter entspricht, ist dem Erben als dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde,

wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst würde. Eine Zahlung in der solcher Gestalt festzustellenden Höhe, kann natürlich nur stattfinden, wenn das Konto des Erben hinsichtlich seines Kapitalsanteils ein Aktivsaldo zeigt; weist es ein Passivsaldo auf, so trifft ihn, nicht aber die Gesellschaft eine Zahlungspflicht.

Daraus, daß der Anteil des Erben am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zuwächst, andererseits nur derjenige Vermögensstand für die Verteilung in Betracht kommt, der nach der — unterstellten — Berichtigung der Gesellschaftsschulden übrig bleibt, ergibt sich die Folge, daß die übrigen Gesellschafter den ausscheidenden Erben von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien haben und daß sie, soweit gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig sind, den ausgeschiedenen Erben, anstatt ihn zu befreien, Sicherheit leisten können (§ 738 BGB. § 105 Abs. 2 HGB.). Hieraus folgt weiter, daß, sofern der Erbe, der trotz seines Ausscheidens, wie oben bemerkt, nach außenhin den Gesellschaftsgläubigern für die bis zu seinem Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden möglicherweise beschränkt haftet, solche bezahlt hat, von den übrigen Gesellschaftern Ersatz des Gezahlten verlangen kann.

Soweit zur Zeit des Ausscheidens des Erben noch Geschäfte in der Schwebe sind, nimmt der ausgeschiedene Erbe auch an dem Gewinn und Verlust aus diesen Geschäften nach Maßgabe des § 740 BGB. § 105 Abs. 2 HGB. teil.

Es ist oben bemerkt, daß trotz des Ausscheidens des Erben die offene Handelsgesellschaft als solche fortbesteht und ohne Liquidation der Geschäftsbetrieb seinen Fortgang nimmt. Daß die Gesellschaft als solche fortbesteht, hat natürlich zur Voraussetzung, daß nach dem Ausscheiden des Erben noch mindestens 2 Gesellschafter vorhanden sind. Es ist aber auch denkbar, daß nach dem Ausscheiden des Erben nur ein Gesellschafter übrig bleibt. Eine Gesellschaft kann in solchem Falle nicht mehr vorhanden sein, weil diese die Existenz mehrerer Gesellschafter zur Voraussetzung hat. Es fragt sich demnach, welche Folgen in diesem Falle mit dem Ausscheiden des Erben verbunden sind. Staub nimmt unter Berufung auf die Denkschrift Seite 107 an, daß die Vereinbarung betreffend die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters nicht allein im Interesse dieses Erben, sondern auch im Interesse der Erhaltung des Geschäfts in der Hand des überlebenden Gesellschafters getroffen wurde. Daraus folgert

er, daß im gedachten Falle in analoger Anwendung des § 142 HGB. das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf den überlebenden Gesellschafter ohne Liquidation übergeht und der ausgeschiedene Erbe sein Auseinandersetzungsguthaben ebenso, wie wenn mehrere Gesellschafter nach seinem Ausscheiden übrigblieben, zu erhalten habe.[1]) M. E. ist diese Annahme nicht als richtig anzuerkennen. Sie kann nur Platz greifen, wenn im Gesellschaftsvertrage vereinbart ist, daß im Falle des Ausscheidens des Erben das Geschäft auf den einzigen überlebenden Gesellschafter mit Aktiven und Passiven übergehen soll. Mag auch die Fortsetzungsvereinbarung dem Interesse an der Erhaltung des Geschäfts in der Hand des überlebenden Gesellschafters dienen, so kann dies Interesse nicht ohne weiteres die analoge Anwendung des § 142 HGB. rechtfertigen. Dabei ist zunächst hervorzuheben, daß § 142 HGB. nur einem Gesellschafter das Recht gibt, zu verlangen, daß auf ihn das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven übergehe. Die analoge Anwendung des § 142 HGB. würde deshalb nur dahin führen, daß der überlebende Gesellschafter dies Verlangen stellen könnte, nicht aber daß ohne weiteres das Geschäft auf ihn ohne Liquidation übergeht. Die Voraussetzungen aber, unter denen nach § 142 HGB. ein Gesellschafter jenes Verlangen stellen kann, sind dort erschöpfend aufgezählt, sie gipfeln sämtlich in einem Verschulden oder Quasi-Verschulden des anderen Gesellschafters, auf Grund dessen der eine Gesellschafter die Übertragung des Geschäfts fordern kann. Von einem Verschulden oder Quasi-Verschulden des Erben, der sein Ausscheiden erklärt, kann aber keine Rede sein, da er mit der Erklärung seines Ausscheidens nur von einem ihm zustehenden gesetzlichen Rechte Gebrauch macht. Die analoge Anwendung des § 142 HGB. auf den hier in Rede stehenden Fall ist deshalb m. E. ausgeschlossen. Es muß vielmehr mit dem Ausscheiden des Erben die Auflösung der Gesellschaft und daran anknüpfend die regelmäßige Auseinandersetzung im Wege der Liquidation nach §§ 145 ff. HGB. stattfinden.[2])

Man könnte einwenden, daß es für den Erben gleichgültig sei, ob die Auseinandersetzung nach § 738 BGB. § 155 HGB. oder im Wege der ordentlichen Liquidation erfolgt, weil er auf dem einen wie auf dem anderen Wege denselben Auseinandersetzungsbetrag zu erhalten

1) Staub S. 584 § 139 Anm. 20, ebenso
Brand S. 397 § 139 Anm. 4c, β, ββ.
2) Übereinst. Makower S. 372 § 139 A. IV c
Sames S. 69, 70.

habe. Dieser Einwand würde nicht zutreffen. Denn wenn der überlebende Gesellschafter das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven übernimmt, erhält der ausgeschiedene Erbe sein Auseinandersetzungsguthaben sofort, während im anderen Falle die Liquidation durchzuführen ist, bei der, sofern nichts anderes im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, der Erbe selbst die Tätigkeit eines Liquidators zu übernehmen hat und bei der nur das entbehrliche Geld zu verteilen ist (§ 155 Abs. 2 HGB.). Folgt man der Ansicht Staubs, so würde der ausgeschiedene Erbe sich erheblich besser stehen, als wenn man annimmt, daß die Auflösung der Gesellschaft eintritt. Daß dies als die Absicht des Gesetzes anzusehen ist, ergibt sich aus dem Obengesagten. Wie im Falle der Auflösung der Gesellschaft die Auseinandersetzung und die Schuldenhaftung des Erben sich gestaltet, ist unten (§ 9) zu erörtern.

c) Die Möglichkeit anderweitiger Vertragsbestimmungen.

§ 8.

§ 139 Abs. 5 HGB. bestimmt zunächst: „Der Gesellschaftsvertrag kann die Anwendung der Vorschriften des Abs. 1—4 nicht ausschließen." Die Vorschrift verfolgt den Zweck, sowohl dem Interesse des Erben, wie dem der übrigen Gesellschafter, als auch dem der Gesellschaftsgläubiger zu dienen.

Der Erbe soll davor geschützt sein, daß ihm nicht eine andere Rechtsstellung durch die Gesellschaftsabrede angewiesen wird, als sich aus § 139 HGB. ergibt. Deshalb ist eine Vereinbarung über die Fortsetzung der Gesellschaft, wonach dem Erben die Rechte aus § 139 oder eines derselben nicht zustehen soll, ausgeschlossen. Ebenso unstatthaft ist eine Abrede, die die Ausübung der dem Erben nach § 139 HGB. zustehenden Rechte zeitlich auf eine kürzere Frist als die des Abs. 3 § 139 HGB. beschränkt,[1]) oder von Protestativbedingungen abhängig macht, die der Erbe zu erfüllen hat. Das ist natürlich etwas anderes, als in dem Falle, daß die Fortsetzung der Gesellschaft durch den Erben an von dem Willen des Erben unabhängige Bedingungen gebunden ist, was, wie in § 3 dargelegt, zulässig ist. Ebenso kann das Recht des Ausscheidens des Erben nicht an Einhaltung einer Kündigungsfrist geknüpft werden.

1) Staub S. 585 § 139 Anm. 22.

Nur die eine Ausnahme besteht, daß nach dem zweiten Halbsatz des Abs. 5 § 139 HGB. in dem Gesellschaftsvertrage für den Fall, daß der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Kommanditistenstellung abhängig macht, sein Gewinnanteil anders als der des Erblassers bestimmt werden kann. In der Mehrzahl der Fälle wird der Gewinnanteil des Erben, wenn die Parteien abweichende Vereinbarungen treffen, auf einen geringeren Betrag als der dem Erblasser zukommende Gewinnanteil bestimmt werden. Das rechtfertigt sich aus dem Grunde, daß der Kommanditisterbe von der Geschäftsführung und der Vertretung ausgeschlossen ist und vielleicht gerade die persönliche Tätigkeit des Erblassers innerhalb der Gesellschaft maßgebend dafür gewesen ist, seinen Gewinnanteil höher als den der übrigen Gesellschafter zu bemessen Beim Mangel der Vorschrift des zweiten Halbsatzes Abs. 5 § 139 HGB. würde deshalb unter Umständen eine ungerechtfertigte und unbillige Bevorzugung des Kommanditisterben vorliegen.[1]) Andererseits kann aber nach dem Wortlaute des Abs. 3 § 139 kein Bedenken in der Hinsicht obwalten, daß der Gewinnanteil des Kommanditisterben höher als der des Erblassers bemessen werden kann; besondere Umstände können auch dies rechtfertigen, wenngleich es in der Praxis nur sehr selten vorkommen wird.[2]) Über die Grenzen des zweiten Halbsatzes § 139 Abs. 5 HGB. hinaus kann aber eine abweichende Vereinbarung nicht Platz greifen. Deshalb ist die Vereinbarung, daß die Kapitalseinlage des Kommanditisterben geringer sein soll, als Abs. 1 § 139 HGB. vorschreibt, nicht zulässig.

Den Interessen der übrigen Gesellschafter dient die Vorschrift des § 139 Abs. 5 HGB. insofern, als die Fristen des § 139 HGB. nach der Gesellschaftsvereinbarung nicht verlängert werden können. Denn den übrigen Gesellschaftern würde es unter Umständen zum Nachteil gereichen, wenn der Schwebezustand, in dem sich die rechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft bis zu dem Zeitpunkte befinden, in dem sich der Erbe für das eine oder das andere ihm zustehende Wahlrecht entscheidet, in die Länge gezogen wird. Den Interessen der übrigen Gesellschafter würde es ferner ebenso wie den des Erben selbst und der Gesellschaftsgläubiger entgegenstehen, wenn nach der Gesell-

1) Denkschrift S. 108
Staub S. 585 § 139 Anm. 22.
Makower S. 373 § 139 Anm. V.
Rudorff S. 93.
Gareis S. 238 Anm. 3.
2) Sames S. 79.
Staub, Makower, Gareis a. a. O.

schaftsvereinbarung der Erbe ohne weiteres als Kommanditist in die Gesellschaft eintreten soll, ohne die Möglichkeit zu haben, sein Verbleiben in der Gesellschaft als offener Gesellschafter zu wählen. Die übrigen Gesellschafter würden damit eine erhöhte Haftung für die Gesellschaftsschulden übernehmen müssen, wie andererseits den Gesellschaftsgläubigern die möglicherweise eintretende unbeschränkte und solidarische Haftung für die Gesellschaftsschulden entzogen werden könnte.

Den Interessen der Gesellschaftsgläubiger kommt die Vorschrift § 139 Abs. 5 HGB. insofern entgegen, als die Haftung des Erben für die Gesellschaftsschulden nicht über das Maß des Abs. 4 hinaus beschränkt werden kann.[1])

In jedem einzelnen Falle aber, in dem in der Gesellschaftsvereinbarung besondere Abreden über die Art der Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben getroffen sind, ist zu prüfen, ob diese Abreden mit den Vorschriften des Abs. 1—4 § 139 HGB. in Widerspruch stehen. Nur soweit dies zutrifft, sind sie unstatthaft. Soweit sie den Bestimmungen des § 139 Abs. 1—4 nicht zuwiderlaufen, müssen sie als zulässig angesehen werden. Deshalb ist, weil § 139 Abs. 1—4 HGB. nichts über die Verlustbeteiligung des Erben enthält, die Vereinbarung zulässig, daß der Erbe, wenn er offener Gesellschafter bleibt, nicht nach einem Kopfteile (§ 121 Abs. 3 HGB.), oder wenn er Kommanditist ist, nicht nach einem den Umständen angemessenen Verhältnis der Kapitalsanteile am Verlust, sondern zu einem höheren oder geringeren Betrage teilnimmt. Ebenso muß die Vereinbarung zulässig sein, daß der Erbe, wenn er offener Gesellschafter bleibt, von der Geschäftsführung und der Vertretung ausgeschlossen sein soll, wenn diese auch seinem Erblasser zugestanden hat, oder umgekehrt, daß er Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis erhalten soll, wenn diese seinem Erblasser fehlten. Auch die Vereinbarung, daß dem Erben, wenn er Kommanditist wird, die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zustehen soll, muß als zulässig erachtet werden. Denn die Vorschriften der §§ 164, 170 HGB. sind dispositiven Rechtes, können also durch Vereinbarung außer Kraft gesetzt werden.[2]) Auch die Abrede muß als zulässig angesehen werden, daß der Erbe, wenn er Kommanditist wird, die Kommanditeinlage, sofern sie noch nicht geleistet ist, nicht in Geld, sondern in Grundstücken oder anderen Gegenständen

1) Staub S. 585 § 139 Anm. 22.
2) E. R. G. 31. S. 72
Leipz. Zeitschr. 1908 S. 535.

leisten kann. Endlich steht auch der Abrede kein Bedenken entgegen, daß der Erbe, sofern er ausscheidet, sein Guthaben nicht in einer einmaligen Zahlung, sondern in Raten erhalten soll.[1])

Nach dem Wortlaute des § 139 Abs. 5 HGB. kann der Gesellschaftsvertrag die Anwendung der Vorschriften des Abs. 1—4 nicht ausschließen. Damit ist zunächst, worüber kein Zweifel obwalten kann, der Gesellschaftsvertrag in dem in § 3 erörterten Sinne, also nicht nur der Gesellschaftsvertrag im engeren Sinne, der die Begründung der Gesellschaft zum Gegenstand hat, sondern auch alle später zwischen dem Erblasser und den übrigen Gesellschaftern getroffenen Abreden gemeint, die die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und ihrer Mitglieder nach innen und nach außen betreffen. Fraglich aber ist, ob unter den Begriff des Gesellschaftsvertrages in Abs. 5 § 139 HGB. auch die Abreden fallen, die nach dem Tode des Erblassers der Erbe selbst mit den übrigen Gesellschaftern trifft, soweit sie die Ausübung der dem Erben nach § 139 Abs. 1 ff. zustehenden Rechte in anderer Weise, als dort vorgeschrieben, regeln. Zweifellos können solche Abreden nicht zulässig sein, soweit sie das Interesse der Gläubiger berühren und die Schuldenhaftung anders als im § 139 Abs. 4 regeln wollen. Soweit aber durch die abweichenden Abreden lediglich das Interesse des Erben selbst und der übrigen Gesellschafter in Frage gestellt wird, steht m. E. der Zulässigkeit kein Bedenken entgegen.[2])

Dagegen nimmt Sames unter Berufung auf den Wortlaut des Abs. 5 § 139 HGB. und den Begriff des Gesellschaftsvertrages als des Inbegriffs der die Gesellschaftsverhältnisse regelnden Abreden an, daß auch die Abreden, die der Erbe nach dem Tode seines Erblassers trifft, unter den Gesellschaftsvertrag fallen.[3]) Es ist aber nicht einzusehen, warum der Erbe nicht wirksam z. B. mit den übrigen Gesellschaftern vereinbaren könnte, daß er die Rechte aus § 139 HGB. nicht geltend zu machen befugt sein sollte. Denn der Erbe ist doch, wie oben dargelegt, befugt, seinen Verzicht auf die Rechte aus § 139 HGB. den übrigen Gesellschaftern zu erklären. Ist aber die bloß einseitige Verzichtleistung, die, weil es sich um Rechte des rechtlichen Könnens handelt, die Annahme zu ihrer Wirksamkeit nicht bedarf,

1) Staub S. 585 § 139 Anm. 22.
2) Makower S. 373 § 139 Anm. V.
Lehmann-Ring S. 303 § 139 Nr. 11.
3) Sames S. 76.

gültig, dann muß auch die vertragliche Vereinbarung über die Nichtausübung oder abgeänderte Ausübung der Rechte aus § 139 HGB. wirksam sein. Ebenso muß auch die Abrede gültig sein, daß der Erbe die Rechte aus § 139 HGB. innerhalb einer kürzeren Frist als der des Abs. 3 § 139 HGB. geltend zu machen hat. Hat der Erbe in solchem Falle binnen der kürzeren Frist den Antrag auf Einräumung der Kommanditistenstellung nicht gestellt, so ist er offener Gesellschafter geblieben. Die übrigen Gesellschafter können sich mit Recht auf die Nichtstellung des Antrags binnen der kürzeren Frist berufen, ohne daß der Erbe geltend machen könnte, daß er den Antrag binnen der gesetzlichen Frist gestellt habe. Wollte man das Gegenteil annehmen, so würden dem Erben Rechte zustehen, auf die er selbst verzichtet hat. Die Annahme Sames kann hiernach nicht als richtig anerkannt werden.

Die Vorschrift des Abs. 5 § 139 HGB. bezieht sich lediglich auf die in dem Gesellschaftsvertrage enthaltenen Abreden zwischen dem Erblasser und den übrigen Gesellschaftern; deshalb wird, soweit außerhalb des Gesellschaftsvertrages etwa durch testamentarische Bestimmung des Erblassers eine Einwirkung auf den Erben hinsichtlich der Ausübung der Rechte aus § 139 HGB. in Frage steht, diese durch die Vorschrift des § 139 Abs. 5 HGB. nicht betroffen. Die Wirksamkeit derartiger Anweisungen des Erblassers bemißt sich nach dem Erbrecht.[1]) Es ist denkbar, daß z. B. der Erblasser dem Erben die Auflage macht, den Kommanditistenantrag nicht zu stellen oder sein Ausscheiden nicht zu erklären, oder daß er bei mehreren Miterben die Auflage macht, daß einer derselben offener Gesellschafter bleiben soll oder daß im Falle der Ablehnung des Kommanditistenantrages der eine sein Ausscheiden, der andere es nicht zu erklären habe.[2])

Der Vorschrift des § 139 Abs. 5 HGB., daß der Gesellschaftsvertrag die Anwendung des Abs. 1—4 nicht ausschließen kann, trägt den Charakter eines Verbotsgesetzes im Sinne des § 134 BGB. Gegen diese Vorschriften des Abs. 1—4 verstoßende Abreden des Gesellschaftsvertrages sind deshalb nichtig. Die Einschränkung, die § 134 BGB. von der Regel der Nichtigkeit von gegen gesetzliche Verbote verstoßenden Rechtsgeschäften für den Fall macht, daß sich aus dem Gesetz ein anderes ergibt, kann hier nicht Platz greifen, da aus dem

1) Lehmann-Ring S. 303 § 139 Nr. 11.
Staub S. 585 § 139 Anm. 24.
2) Sames S. 77.

Abs. 5 § 139 HGB. nach dem Obengesagten sich nicht ein anderes ergibt. Wenn aber die abweichenden Abreden nichtig sind, so fragt es sich, ob damit nach § 139 BGB. die Vereinbarung der Fortsetzung der Gesellschaft in vollem Umfange nichtig wird. Das ist dann nicht der Fall, wenn anzunehmen ist, daß es der Wille des Erblassers und der übrigen Gesellschafter gewesen ist, daß auch ohne die nichtige Abrede die Fortsetzungsvereinbarung Geltung haben soll.

---

3. Die Stellung des Erben in der Schwebezeit bis zur Entscheidung, ob er offener Gesellschafter bleibt, Kommanditist wird oder ausscheidet.

§ 9.

a) In dem Falle, daß während der Schwebezeit die Gesellschaft fortbesteht.

Es ist bereits hervorgehoben, daß der Erbe, mit dem nach dem Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung der Gesellschaft stattfinden soll, mit dem Tode des Erblassers ipso jure in die Gesellschaft als offener Gesellschafter eintritt und sich mit ihm die Gesellschaft in der Weise fortsetzt, daß er an die Stelle seines verstorbenen Erblassers tritt. Allerdings ist diese Stellung des Erben als offener Gesellschafter keine endgültige. Er kann die Erbschaft ausschlagen und verliert damit ipso jure die Eigenschaft als offener Gesellschafter. Oder er macht innerhalb der Fristen des § 139 Abs. 3 HGB. von dem Rechte Gebrauch, die Einräumung der Kommanditistenstellung zu verlangen, und die übrigen Gesellschafter nehmen seinen dahingehenden Antrag an; er ist damit aus der Stellung eines offenen Handelsgesellschafters in die eines Kommanditisten gelangt. Oder aber er erklärt im Falle der Ablehnung seines Antrags rechtzeitig sein Ausscheiden; auch hier verliert er die Stellung eines offenen Gesellschafters. Solange aber einer der eben bezeichneten Umstände, die seine Stellung als die eines offenen Gesellschafters beenden, nicht eingetreten ist, besteht zwischen ihm und den übrigen Gesellschaftern eine offene Handelsgesellschaft. Er ist sowohl im Verhältnis nach innen zu den übrigen Gesellschaftern, wie auch nach außen zu den Gesellschaftsgläubigern offener Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten eines solchen.[1])

1) Staub S. 585 § 139 Anm. 25.

Dabei erhebt sich die Frage, ob er als Folge des oben ausgesprochenen Grundsatzes auch für die Gesellschaftsschulden haftet und wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn er Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat, und dann erst einer der obenbezeichneten Umstände eingetreten ist, durch die seine Stellung als offener Gesellschafter ihr Ende erreicht hat.

Zunächst ist es zweifelhaft, ob in dem Falle, daß der Erbe vor dem Ende der Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB. und vor der Annahme der Erbschaft von Gesellschaftsgläubigern auf Zahlung von Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen wird, die Vorschrift des § 1958 BGB. Anwendung zu finden hat. M. E. ist bei Beantwortung dieser Frage von der Erwägung auszugehen, daß der Erbe, der die Erbschaft angenommen hat, wie oben bereits dargelegt, wenn er offener Gesellschafter bleibt, für die Gesellschaftsschulden solidarisch und unbeschränkt haftet, selbst wenn er nach bürgerlichem Rechte die beschränkte Erbenhaftung geltend zu machen befugt ist. Diese Haftung beruht lediglich auf der Handelsrechtsbestimmung des § 128 HGB.; die Anwendung erbrechtlicher Vorschriften wird insoweit ausgeschlossen. Wenn aber nach der Annahme der Erbschaft auf den Erben, der offener Handelsgesellschafter geblieben ist, die erbrechtlichen Bestimmungen keine Anwendung finden, dann kann auch schon vor der Annahme der Erbschaft die erbrechtliche Vorschrift des § 1958 BGB. nicht Platz greifen. Hier, wie dort beruht die Haftung für die Gesellschaftsschulden allein auf der Bestimmung des § 128 HGB., unabhängig davon, wie nach bürgerlichem Erbrechte die Stellung des Erben sich den Nachlaßgläubigern gegenüber gestaltet. Dies Ergebnis erscheint auch nicht als abnormal, zumal auch in dem Falle, daß es mehrere Miterben sind, mit denen vereinbarungsgemäß die Gesellschaft fortgesetzt werden soll, erbrechtliche Vorschriften insofern wie dargelegt, keine Anwendung finden, als entgegen den Bestimmungen der §§ 2032, 2033 Abs. 2, 2040 BGB. jeder Miterbe auch vor der Auseinandersetzung ein selbständiges, von dem Verhalten der anderen Miterben unabhängiges Recht hat, die Rechte aus § 139 HGB. geltend zu machen.

In dem bezeichneten Falle ist der Erbe hiernach auf Zahlung der Gesellschaftsschulden, die gegen ihn klagweise geltend gemacht werden, sofern nicht gegen die Forderung selbst begründete Einwendungen erhoben werden, ohne Rücksicht auf § 1958 BGB. zu ver-

urteilen. Mit dem Einwande, daß es noch nicht feststehe, ob er überhaupt Erbe werde, und ob er offener Gesellschafter bleibe, kann der Erbe nicht gehört werden, denn er ist ipso jure offener Handelsgesellschafter, solange nicht diese seine Eigenschaft durch die oben angegebenen Umstände aufgehoben wird. Schlägt der Erbe nach seiner Verurteilung und Zahlung der eingeklagten Gesellschaftsschuld die Erbschaft aus, so hat er, da es nach § 1953 BGB. so anzusehen ist, wie wenn er niemals Erbe und auch nicht offener Gesellschafter geworden wäre, eine Nichtschuld bezahlt. Er kann deshalb den Betrag seiner Zahlung von dem Zahlungsempfänger nach § 812 ff. BGB. zurückfordern. Aber auch gegen die Gesellschafter selbst kann er nach §§ 683 ff. BGB. nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag, Anspruch auf Erstattung des Bezahlten erheben.

Wird der Erbe nach Annahme der Erbschaft von Gesellschaftsgläubigern auf Zahlung von Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen, so muß ebenfalls seine Verurteilung zum vollen Betrag erfolgen. Die ihm etwa nach bürgerlichem Rechte zustehende, beschränkte Haftung kann er, wie oben bemerkt, nicht geltend machen. Ebensowenig kann auch hier aus demselben oben bezeichneten Grunde sein Einwand durchgreifen, daß es noch nicht feststehe, ob er entgültig offener Gesellschafter bleibe. Hat er die Gesellschaftsschuld, wegen derer er verurteilt ist, bezahlt und ist er nachher Kommanditist geworden, oder aus der Gesellschaft ausgeschieden, so haftet er für die gezahlte Gesellschaftsschuld — es kann sich hier nur um eine bis zur Einräumung der Kommanditistenstellung oder bis zu seinem Ausscheiden entstandene handeln — nach § 139 Abs. 4 HGB. den Gesellschaftsgläubigern nur auf den Betrag, der sich aus seiner ihm nach den Vorschriften des bürgerlichen Erbrechtes etwa zustehenden beschränkten Erbenhaftung ergibt. Hinsichtlich des gezahlten Mehrbetrags hat er eine Nichtschuld geleistet, die er vom Zahlungsempfänger nach § 812 ff. BGB. zurückfordern und deren Erstattung er auch von der Gesellschaft selbst nach § 683 ff. BGB. fordern kann. Auch in den eben bezeichneten Fällen ist seine aus seiner Eigenschaft als offener Gesellschafter entspringende unbeschränkte Haftung resolutiv durch die Erlangung der Kommanditistenstellung oder durch sein Ausscheiden bedingt, was sich aus § 139 Abs. 4 HGB. ergibt.

b) In dem Falle, daß während der Schwebezeit die Gesellschaft aufgelöst wird.

Es ist möglich, daß, ehe noch die Fristen des § 139 abgelaufen sind, und ehe noch der Erbe den Antrag auf Einräumung der Kommanditistenstellung gestellt oder sich für das Verbleiben in der Gesellschaft als offener Gesellschafter entschieden hat, die Auflösung der Gesellschaft eintritt. Dies kann insbesondere dadurch bewirkt werden, daß der Erbe oder einer der übrigen Gesellschafter oder die Gesellschaft selbst in Konkurs gerät (§ 131 Ziff. 5 und 3) oder daß einer der anderen Gesellschafter stirbt (§ 131 Ziff. 4) oder daß die Zeit, für welche die Gesellschaft überhaupt eingegangen ist, endigt oder daß die Gesellschaft nach § 133 HGB. durch gerichtliche Entscheidung ihr Ende erreicht. Mit der Auflösung ist dem Erben die Möglichkeit genommen, noch Kommanditist zu werden, denn die Gesellschaftsvereinbarung kann nur die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft als Erwerbsgesellschaft, nicht aber der Liquidationsgesellschaft betreffen, in die sich die offene Handelsgesellschaft mit der Auflösung der Gesellschaft ipso jure, sofern nicht etwas anderes im Vertrage vereinbart ist, (§ 145 Abs. 1 HGB.) verwandelt. Da der Erbe nicht Kommanditist geworden ist, ist er während der Liquidation, die nach den Vorschriften der §§ 145 ff. vor sich geht, offener Gesellschafter; es finden auf ihn die für die Gesellschafter gegebenen Vorschriften der §§ 145 ff. HGB. Anwendung, gleich, wie wenn er sich entgültig vor der Auflösung für das Verbleiben in der Gesellschaft als offener Gesellschafter entschieden hätte.

Nur nach außen hin, im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern tritt eine Änderung seiner Stellung ein. Denn nach der Vorschrift des Abs. 4 § 139 HGB. haftet er für die bis zur Auflösung entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten geltenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts; er ist also berechtigt, den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, die ihm nach bürgerlichem Erbrecht zustehende, beschränkte Erbenhaftung geltend zu machen. Wie sich aus dem Zusammenhange der Vorschrift des Abs. 4 § 139 HGB. ergibt, stellt das Gesetz hinsichtlich der Schuldenhaftung den Fall der Auflösung der Gesellschaft, ohne daß der Erbe innerhalb der Frist des Abs. 3 den Antrag auf

Einräumung der Kommanditistenstellung gestellt hat, dem Falle, daß er Kommanditist geworden oder ausgeschieden ist, gleich.[1])

Aber auch nach Auflösung der Gesellschaft können während der Liquidation von den Liquidatoren Gesellschaftsverbindlichkeiten eingegangen werden. Es fragt sich demnach, in welcher Weise der Erbe für diese Schulden zu haften hat. Staub nimmt an, daß er wie ein offener Gesellschafter, ohne die Möglichkeit, die beschränkte Erbenhaftung geltend machen zu können, hafte, denn er sei eben offener Gesellschafter geblieben, und die Umwandlung seiner Stellung in die eines Kommanditisten sei nicht bewirkt worden.[2]) Dagegen nehmen die übrigen Kommentatoren und auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts an, daß der Erbe auch für die nach der Auflösung der Gesellschaft im Liquidationsstadium entstehenden Schulden nur nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts, also unter Umständen beschränkt haften könne.[3])

Dieser letzte Standpunkt erscheint auch als der richtigere. Aus dem Umstande, daß der Erbe offener Gesellschafter geblieben und nicht Kommanditist geworden ist, kann die Ansicht Staubs nicht gefolgert werden. Denn die Schwebefrist des § 139 Abs. 3 HGB. war zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft noch nicht abgelaufen, und es hat zu dieser Zeit also noch nicht festgestanden, ob der Erbe nicht noch von dem Rechte, die Einräumung der Komanditistenstellung zu verlangen, Gebrauch gemacht hätte. Wie schon oben hervorgehoben, ist aber gerade der Gedanke des Gesetzes, daß mit Rücksicht auf den zur Zeit der Auflösung noch bestehenden Schwebezustand der Erbe so behandelt werden soll, als ob er innerhalb der Frist den Kommanditistantrag gestellt hätte und Kommanditist geworden und im Falle der Ablehnung ausgeschieden wäre. Es würde außerdem eine durch nichts gerechtfertigte Härte für den Erben bedeuten, wenn er allein deshalb, weil durch einen vielleicht nicht von ihm verschuldeten Umstand die Gesellschaft aufgelöst wird, der beschränkten Haftung, die ihm sonst bei Möglichkeit der Ausübung der Befugnisse aus § 139 HGB. zugestanden hätte, verlustig gehen sollte.

Jedoch ist die Haftung des Erben für die während der Liquidation eingegangenen Verbindlichkeiten nach bürgerlichem Rechte davon

1) Görner S. 55.
2) Staub I S. 584 § 139 Anm. 21.
3) Goldmann I S. 623 § 139 Anm. 34.
Brand S. 397 § 139 Anm. 5.
Makower S. 372 § 139 Anm. 4 d.
Lehmann-Ring S. 302 § 139 Anm. Nr. 9.
Görner S. 56.
RG. 9. Bd. S. 32. Bd. 72 S. 121.

abhängig, daß die nach § 143 Abs. 1 HGB. erforderliche Eintragung der Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister erfolgt ist oder die Auflösung dem betreffenden Gläubiger, demgegenüber die Verbindlichkeit entstanden ist, bekannt war. Fehlt es hieran, so kann auch der Erbe nach § 15 HGB. nicht die beschränkte Haftung geltend machen.

Dieselbe Rechtslage nach innen und außen, wie eben erörtert, ergibt sich, wenn zwar der Erbe rechtzeitg den Kommanditistantrag gestellt hat, aber ehe sich die übrigen Gesellschafter innerhalb der oben erörterten Frist über die Annahme entscheiden, die Auflösung der Gesellschaft eintritt. Der Antrag muß mit der Auflösung seine Wirkung verlieren. Nicht anders ist die Rechtslage, wenn der Erbe den Kommanditistantrag gestellt, die übrigen Gesellschafter ihn abgelehnt haben, dann aber vor Ablauf der Frist des Abs. 3 § 139 HGB. ohne daß der Erbe sein Ausscheiden erklärt hat, die Auflösung erfolgt. In diesem Falle wird durch die inzwischen eintretende Auflösung der Gesellschaft der Erbe verhindert, von dem ihm zustehenden Rechte des Ausscheidens Gebrauch zu machen; es muß also auch hier seine beschränkte Haftung eintreten.

Anders dagegen, wenn der Erbe vor Ablauf der Frist des Abs. 3 § 139 HGB. erklärt hat, offener Gesellschafter bleiben zu wollen. Hier ist bereits seine Stellung als offener Handelsgesellschafter entgültig festgelegt. Die für die Auflösung der Gesellschaft in Abs. 4 § 139 HGB. vorgesehene beschränkte Haftung ist aber nur für den Fall gegeben, daß die Auflösung erfolgt, solange unentschieden ist, ob der Erbe als offener Gesellschafter in der Gesellschaft verbleibt oder nicht.[1])

c) Das Handelsregister während der Schwebezeit.

Daß der Eintritt des Erben als Kommanditist in die Gesellschaft, wenn ihm diese Stellung eingeräumt wird, und sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zum Handelsregister anzumelden und einzutragen ist, ergibt sich aus der Vorschrift der §§ 162 Abs. 3, 143 Abs. 2 HGB. Dagegen enthält das Gesetz keine Bestimmung darüber, ob auch während der Schwebezeit der Erbe als offener Gesellschafter einzutragen ist. Nur das Ausscheiden des verstorbenen Erblassers aus der Gesellschaft ist nach § 143 Abs. 2 und 3 HGB. anzumelden und

1) Lehmann-Ring S. 303 § 139 Anm. 9.

einzutragen. Mit dem Ausscheiden des Erblassers ist allerdings der Erbe an seinerstatt in die Gesellschaft eingetreten, aber er setzt doch nur die Gesellschaft als Rechtsnachfolger des Erblassers fort. Hierin aber ist nicht der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft zu finden, der nach § 107 HGB. der Anmeldung und Eintragung bedürftig wäre. Es kann auch nicht angenommen werden, daß mit der Fortsetzung durch den Erben ein Umstand eingetreten wäre, dessen Eintragung das Gesetz als selbstverständlich ansieht. Vielmehr ist mit Rücksicht darauf, daß es während der Schwebezeit noch nicht entgültig feststeht, welche Stellung der Erbe in der Gesellschaft einnehmen, oder ob er ausscheiden wird, sowie in Anbetracht der verhältnismäßigen Kürze der Schwebezeit anzunehmen, daß das Gesetz die Eintragung des Erben als offener Gesellschafter während der Schwebezeit nicht als erforderlich ansieht.[1]) Andererseits steht kein Bedenken entgegen, die Eintragung vorzunehmen, nur muß dann zur Vermeidung der Folge des § 15 HGB. bei der Eintragung zum Ausdruck gebracht werden, daß der Erbe nur vorläufig, nicht entgültig offener Gesellschafter ist.

1) Staub I S. 686 § 139 Anm. 26.

Inhaltsangabe.

Einleitung (§ 1 und § 2) . . . . . Seite 3

I. Die Voraussetzungen des § 139 Abs. 1 HGB. . . . „ 14

1) Die Vereinbarung der Fortsetzung mit dem Erben (§ 3) . . . . . „ 14

2) Die Beerbung des Gesellschafters, für dessen Tod die Fortsetzung der Gesellschaft vereinbart ist (§ 4) . . . . . „ 19

II. Die Stellung des Erben bei fortgesetzter Gesellschaft . „ 36

1) Die Stellung des Erben zur Zeit des Erbanfalles (§ 5) . . . . . „ 36

2) Die dem Erben nach § 139 HGB. zustehenden Rechte . . . . . „ 39

a) Die Ausübung der Rechte (§ 6) . . . „ 39

b) Die Wirkung der Ausübung des Wahlrechts (§ 7) . . . . . „ 53

α) Der Erbe bleibt offener Gesellschafter . . . . . „ 53

β) Der Erbe wird Kommanditist . „ 58

γ) Der Erbe scheidet aus der Gesellschaft aus . . . . . „ 65

c) Die Möglichkeit anderweitiger Vereinbarungen (§ 8) . . . . . „ 70

3) Die Stellung des Erben in der Schwebezeit bis zur Entscheidung, ob er entgültig offener Gesellschafter bleibt, Kommanditist wird oder ausscheidet (§ 9) . . . . „ 75

a) In dem Falle, daß während der Schwebezeit die Gesellschaft fortbesteht . . . „ 75

b) In dem Falle, daß während der Schwebezeit die Gesellschaft aufgelöst wird . . „ 78

c) Das Handelsregister während der Schwebezeit „ 80

Literatur-Verzeichnis.

1. Boskowitz, Die Fortsetzung einer offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters. Diss. 1902.
2. Brand, Das Handelsgesetzbuch, erläutert 1911
3. Busch's Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts.
4. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl. 1910.
5. Deichmann, Der Kapitalsanteil des offenen Handelsgesellschafters. Diss. 1909.
6. Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches in Hahn-Mugdan Materialien zum HGB. 1897.
7. Deutsche Juristen-Zeitung.
8. Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts 1881.
9. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
10. Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt (zitiert RJA.)
11. Festgabe der Berliner Juristenfakultät für Koch 1903.
12. Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 8. Auflage 1910.
13. v. Gerber, System des deutschen Privatrechts. 13. Aufl. 1910.
14. Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, erl. 1905.
15. Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
16. Görner, Die Vereinbarung der Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters. Diss. 1902.
17. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
18. Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.
19. Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, herausgegeben von Johow (zitiert KGJ.).
20. Juristische Wochenschrift.
21. Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches 1910.

22. Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften 1900.
23. Lehmann-Ring, Das HGB. für das Deutsche Reich, erl. 1902.
24. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912.
25. Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
26. Litthauer-Mosse, HGB. 14. Aufl. 1911.
27. Makower, HGB. mit Kommentar 13. Aufl. 1906.
28. Pinkernelle, Die rechtliche Stellung des Erben eines Gesellschafters nach dem BGB. und dem HGB. Diss. 1902.
29. Puchelt, Komm. zum Allg. Deutschen HGB. 4. Aufl. 1894.
30. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (zitiert ROLG.).
31. Ritter, Das HGB. 1910.
32. Rudorff, HGB. 1898.
33. Sames, Die Rechtsstellung des Erben eines Gesellschafters im Falle des § 139 HGB. Diss. 1903.
34. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
35. Staub's Kommentar zum HGB. 9. Aufl. 1912.
36. Staudinger, Kommentar zum BGB. 5./6. Aufl. Bd. I. 1910.
37. Strohal, Das deutsche Erbrecht 3. Aufl. Bd. 2. 1904.
38. Thelen, Die fortgesetzte offene Handelsgesellschaft. Diss. 1909
39. Viezens, Das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters in Goldtschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 35.
40. Zitelmann, Internationales Privatrecht. Bd. 2.